

## **Instrumenten voor het uitbesteden van diensten in het sociaal domein**

*Scheidslijnen tussen de overheidsopdracht & de subsidie, vergunning, concessie en het openhousemodel*



# Instrumenten voor het uitbesteden van diensten in het sociaal domein

*Scheidslijnen tussen de overheidsopdracht &  
de subsidie, vergunning, concessie en het  
openhousemodel*

Instruments for the externalisation of  
social care services

Distinguishing public contracts from subsidies,  
authorisation schemes, concession contracts and  
the open-house model  
(with a summary in English)

Proefschrift

ter verkrijging van de graad van doctor aan  
de Universiteit Utrecht  
op gezag van  
de rector magnificus, prof. dr. H.R.B.M. Kummeling, ingevolge het besluit  
van het college voor promoties  
in het openbaar te verdedigen op  
donderdag 29 september 2022 des ochtends te 10.15 uur

door

Gerritje Bouwman

geboren op 30 augustus 1990  
te Utrecht

Promotoren:  
Prof. mr. E.R. Manunza  
Prof. mr. R.J.G.M. Widdershoven

Beoordelingscommissie:  
Prof. mr. S.A.D. van Garsse  
Prof. mr. F.J. van Ommeren  
Prof. mr. F.J.L. Pennings  
Prof. ir. F. Schotanus  
Prof. mr. L.A.J. Senden

Ontwerp omslag: Villa Grafica, Diemen  
Het voorwerp op de omslag is een schaal gemaakt door Feniks Atelier (Raphaëlstichting).

ISBN 978-94-6251-302-0  
NUR 823

© 2022 Uitgeverij Paris bv, Zutphen

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet van 1912 gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet 1912 dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, [www.reprorecht.nl](http://www.reprorecht.nl)).

Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in een bloemlezing, readers en andere compilatiewerken (artikel 16 Auteurswet 1912) kan men zich wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, [www.cedar.nl/pro](http://www.cedar.nl/pro)).

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteurs, redacteur(en) en uitgever geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten en onvolkomenheden, noch voor de gevolgen hiervan.

# Inhoudsopgave

## Lijst van afkortingen / 15

- 1 Inleidend hoofdstuk / 17**
- 1.1 DUIDELIJKHEID OVER RECHTSINSTRUMENTEN TEN BEHOEVE VAN EEN GOEDE ORGANISATIE VAN SOCIALE DIENSTEN / 17
- 1.2 CONTEXT EN ACHTERGRONDEN VAN DE PROBLEMATIEK / 21
- 1.2.1 Decentralisatie van het sociaal domein, stijgende zorgkosten en vergrijzing / 21
- 1.2.2 Veranderende financieringsrol overheid in sociaal domein: van subsidies naar overheidsopdrachten en naar nieuwe (inkoop)-procedures / 27
- 1.2.3 Gefragmenteerde en gelaagde regelgeving in een veranderende Europese context / 31
- 1.2.4 Actoren bij het organiseren sociale diensten: een dienstentriade / 35
- 1.3 PROBLEEMSTELLING EN AFBAKENING VAN HET ONDERZOEK / 37
- 1.4 ONDERZOEKSMETHODIEK / 40
- 1.4.1 Juridisch-intern normatief kader bij onderscheiden tussen rechtsinstrumenten / 41
- 1.4.1.1 Toetsingskader descriptief onderzoek: EU-definitie overheidsopdracht als uitgangspunt bij het onderscheiden tussen instrumenten / 41
- 1.4.1.2 Interpretatiemethoden: ‘effet utile’, EU-conforme interpretatie, effectiviteitsbeginsel, ‘living constitution’ en rechterlijke interpretatiemethoden / 47
- 1.4.1.3 Toetsingskader voor betere regulering: fundamentele rechtsbeginselen, attributiebeginsel, beginselen van coherentie en consistentie en rechtszekerheid / 51
- 1.4.2 Juridisch-extern normatief kader: een goede organisatie van sociale diensten in Nederland / 53
- 1.5 TERMINOLOGIE / 56
- 1.6 OPBOUW VAN HET BOEK / 59
  
- 2 De organisatie van sociale diensten: op het grensvlak van nationale soevereiniteit en de Europese sociale markteconomie / 63**
- 2.1 INLEIDING / 63
- 2.2 EU VERSUS SOCIALE DIENSTEN: NATIONALE SOEVEREINITEIT LIDSTATEN CENTRAAL / 65
- 2.2.1 Verschillen welzijnsstelsels lidstaten geplaatst in historische en culturele context / 65
- 2.2.2 Bijzondere historische context organisatie sociale zorg in Nederland: van particulier initiatief tot overheidstaak / 67

2.3	GEDEELDE BEVOEGDHEDEN EU OP SOCIAAL TERREIN: LIDSTATEN BEHOUDEN SOEVEREINITEIT / 70
2.3.1	Grondslag EU-bevoegdheden voor sociale diensten / 71
2.3.2	Geen specifieke EU-regulering op sociaal terrein: veel vrijheid lidstaten / 73
2.4	INGEZOOMD: DE EU-CONCEPTEN DAEB EN SDAB EN HUN RELEVANTIE VOOR DE ORGANISATIE VAN SOCIALE DIENSTEN IN NEDERLAND / 76
2.5	EU-BEVOEGDHEDEN INTERNE MARKT: NAAR EEN EUROPESE SOCIALE MARKTECONOMIE / 81
2.5.1	Interne marktregulering als middel om de vrede, haar waarden en het welzijn van EU-burgers te bevorderen / 82
2.5.2	Evenwicht tussen EU-interne marktregulering en Europese en nationale kernwaarden sociale diensten / 84
2.5.3	Ruimte binnen EU-interne marktregulering voor kernwaarden sociale diensten / 86
2.6	VOORWAARDEN VOOR TOEPASSELIJKHEID INTERNE MARKTREGELS OP SOCIALE DIENSTEN: 'GRENSOverschrijdend Aspect' EN 'ECONOMISCHE ACTIVITEIT' / 92
2.6.1	Zijn sociale diensten van grensoverschrijdend belang? / 93
2.6.2	Zijn sociale diensten economische activiteiten? / 101
2.7	CONCLUDEREND / 104
<b>3</b>	<b>De overheidsopdracht 3.0: duidelijke scheidslijnen om de overheidsopdracht van andere rechtsinstrumenten te onderscheiden / 105</b>
3.1	INLEIDING / 105
3.2	HISTORISCHE ONTWIKKELING EU-AANBESTEDINGSREGULERING: NAAR EEN INSTRUMENT VOOR EEN DUURZAAM EN SOCIAAL EUROPA / 107
3.2.1	Oorsprong en rechtsbasis EU-aanbestedingsrichtlijnen / 107
3.2.2	Het aanbestedingsinstrument voor een Europese sociale markteconomie / 109
3.2.3	Rechtsbeginselen als fundament onder het aanbestedingsrecht / 112
3.2.3.1	Beginselen van non-discriminatie en gelijke behandeling: waarborg tegen willekeur / 113
3.2.3.2	Het transparantiebeginsel voor transparant overheidshandelen / 118
3.2.3.3	Proportionaliteitsbeginsel: waarborg tegen onevenredige en zware eisen / 120
3.2.4	Effectieve mededinging en objectiviteit / 122
3.2.4.1	Effectieve mededinging: selecteren van de beste inschrijving(en) / 122
3.2.4.2	Objectiviteit: tegengaan van subjectiviteit en willekeur / 125
3.2.5	Reikwijdte van het instrument van de overheidsopdracht / 127
3.3	EEN SPECIFIEKE PROCEDURE VOOR SOCIALE DIENSTEN: LACUNE IN DE NEDERLANDSE WETGEVING / 128
3.3.1	Historische ontwikkeling om sociale diensten onder de volledige werking van de aanbestedingsrichtlijn te brengen / 128
3.3.2	Summiere SAS-procedure leidt tot onduidelijkheid / 129

- 3.3.3 Wetswijziging gunnen op basis van selectiecriteria: een gemiste kans / 134
- 3.4 VOOR-/NADELEN VAN DE OVERHEIDSOPDRACHT MET HET OOG OP DE GOEDE ORGANISATIE VAN ZORG / 135
- 3.5 DE OVERHEIDSOPDRACHT 3.0 BIEDT DUIDELIJKE SCHEIDSLIJNEN MET ANDERE RECHTSINSTRUMENTEN / 138
- 3.5.1 De EU-overheidsopdracht als uitgangspunt bij het onderscheiden van instrumenten / 138
- 3.5.2 Wettelijke en jurisprudentiële criteria overheidsopdracht vormen juridisch doorslaggevende scheidslijnen met andere instrumenten / 140
- 3.5.3 De overeenkomst onder bezwarende titel: scheidslijn met de subsidie en de vergunning / 143
  - 3.5.3.1 De overheidsopdracht is een wederkerige overeenkomst: prestatie voor een tegenprestatie / 143
  - 3.5.3.2 Jurisprudentiële sub-criteria werken wederzijdse karakter verder uit / 144
  - 3.5.3.3 Jurisprudentieel sub-criterium I: rechtstreeks economisch belang / 145
  - 3.5.3.4 Jurisprudentieel sub-criterium II: afdwingbare uitvoeringsverplichting / 155
  - 3.5.3.5 Jurisprudentieel sub-criterium III: de ruime uitleg van de tegenprestatie / 157
  - 3.5.3.6 Tussenconclusie / 163
- 3.5.4 Overige wettelijke criteria: geen scheidslijnen tussen instrumenten / 164
  - 3.5.4.1 Schriftelijkheids criterium / 164
  - 3.5.4.2 Gesloten met ‘ondernemers’ / 164
  - 3.5.4.3 Aanbestedende dienst / 165
  - 3.5.4.4 Aanbestedingsrichtlijn ziet op werken, levering of diensten / 166
- 3.5.5 Jurisprudentieel criterium exclusieve selectie: scheidslijn met het openhousemodel / 166
  - 3.5.5.1 Zonder exclusieve selectie geen overheidsopdracht / 166
  - 3.5.5.2 Exclusieve selectie versus niet-schaarse subsidies en vergunningen / 169
- 3.6 CONCLUDEREND / 169

#### **4 Scheidslijnen tussen de overheidsopdracht & de subsidie en vergunning: de overheid als opdrachtgever, supporter of poortwachter / 173**

- 4.1 INLEIDING / 173
- 4.2 HET OVERHEIDSINSTRUMENTARIUM VAN SUBSIDIES EN VERGUNNINGEN / 175
  - 4.2.1 De subsidie: geldverstrekkingen om bepaalde activiteiten te stimuleren / 175
    - 4.2.1.1 Reikwijdte van het subsidie-instrument / 175
    - 4.2.1.2 Aanwijzingen ontleend aan subsidie-begrip leiden tot verkeerde conclusies over scheidslijn tussen subsidie en overheidsopdracht / 181
    - 4.2.1.3 De rechtsvorm van een subsidie: een eenzijdige beschikking of een meerzijdige overeenkomst? / 187
  - 4.2.2 De vergunning: instrument om de uitoefening van activiteiten te reguleren / 191

- 4.2.2.1 Definitie en werking van het vergunning-instrument / 191
- 4.2.2.2 Rechtsvorm van de vergunning: een beschikking zonder uitvoeringsverplichting / 195
- 4.2.3 Schaarse vergunningen en subsidies en het leerstuk van de verdeling van schaarse publieke rechten / 197
- 4.3 DE OVEREENKOMST ONDER BEZWARENDE TITEL ALS SCHEIDSLIJN TUSSEN DE OVERHEIDSOPDRACHT EN DE SUBSIDIE/ VERGUNNING / 200
- 4.3.1 Subsidies en vergunningen die een wederkerige overeenkomst zijn, vormen snel overheidsopdracht / 201
- 4.3.2 Jurisprudentieel sub-criterium I: overheidsopdracht vereist rechtstreeks economisch belang bij activiteit / 202
- 4.3.3 Jurisprudentieel sub-criterium II: afdwingbare uitvoeringsverplichting brengt tweezijdige relatie tot stand / 204
- 4.3.4 Jurisprudentieel sub-criterium III: ruime uitleg tegenprestatie laat geen ruimte voor verkapte subsidies / 206
- 4.3.5 Tussenconclusie: wederkerige overeenkomst als scheidslijn tussen de overheidsopdracht en de subsidie/vergunning / 208
- 4.4 DE OVERHEID ALS OPDRACHTGEVER, SUPPORTER OF POORTWACHTER BIJ TOEPASSING VAN DE VERSCHILLENDE RECHTSINSTRUMENTEN / 209
- 4.5 VOOR-/NADELEN VAN DE KEUZE VOOR EEN SUBSIDIE OF VERGUNNING OP DE GOEDE ORGANISATIE VAN ZORG / 212
- 4.6 BEÏNVLOEDING VAN EU-RECHT OP NATIONAAL (BESTUURS)RECHT: JURIDISCHE KADERS INSTRUMENTEN BEWEGEN NAAR ELKAAR TOE? / 216
- 4.6.1 Verschillende rechtsinstrumenten raken vergelijkbare Europese en nationale fundamentele rechtsbeginselen ter bescherming van EU-burgers ten opzichte van de overheid / 217
- 4.6.2 Invloed EU-aanbestedingsrecht op verdeling van schaarse subsidies en vergunningen / 219
- 4.7 CONCLUDEREND / 221
- 5 Het openhousemodel: alternatief instrument voor de organisatie van overheidstaken / 223**
- 5.1 INLEIDING / 223
- 5.2 EXCLUSIEVE SELECTIE IS SCHEIDSLIJN TUSSEN OVERHEIDS-OPDRACHT EN OPENHOUSEMODEL / 226
- 5.2.1 Openhousemodel: open toetredingssysteem met vaste toetredingscriteria, waarbij keuze wordt overgelaten aan derden/gebruikers / 226
- 5.2.2 De scheidslijn exclusieve selectie uitgelegd in het licht van het doel van de aanbestedingsregulering / 227
- 5.2.3 Hoe open moet het openhousemodel zijn? / 229
- 5.2.4 Precisering scheidslijn selectie: gunningscriteria om een vergelijking of rangschikking tussen inschrijvingen te maken / 231
- 5.2.5 Vrijheid onder EU-recht bij keuze van passend instrument / 233
- 5.2.6 Tussenconclusie / 237



- 5.3 AANTAL ZORGAANBIEDERS BEPERKEN IN OPENHOUSEMODEL: EXCLUSIEVE SELECTIE? / 237
- 5.3.1 Noodzaak beperken aantal zorgaanbieders in openhousemodel / 237
- 5.3.2 Beperken aantal zorgaanbieders door middel van kwalitatieve eisen vormt geen selectie / 238
- 5.3.3 Beperken aantal zorgaanbieders door middel van loting vormt in beginsel selectie / 239
- 5.3.4 Civiele rechter gaat voorbij aan scheidslijn overheidsopdracht en openhousemodel bij loting / 241
- 5.4 JURIDISCH KADER OPENHOUSEMODEL / 243
- 5.4.1 Openhousemodel versus vergunningstelsels: juridisch technisch verschillende instrumenten / 243
- 5.4.2 Juridisch kader openhousemodel naar analogie vergunningstelsels / 245
- 5.4.3 Dienstenrichtlijn van toepassing op openhousemodel voor sociale diensten? / 246
- 5.4.4 Voorwaarden openhousemodel vloeien voort uit beginselen van non-discriminatie, gelijke behandeling, transparantie en evenredigheid / 248
- 5.4.5 Vereisten openhousemodel toegepast op sociale diensten / 252
- 5.4.5.1 Elke toetredingsvoorwaarde moet gerechtvaardigd en proportioneel zijn / 252
- 5.4.5.2 De toetredingsvoorwaarden moeten objectief en niet-discriminerend zijn / 253
- 5.4.5.3 Passende bekendmaking / 254
- 5.4.5.4 Toetredingsvoorwaarden moeten vooraf door gemeente worden vastgesteld / 254
- 5.4.5.5 Geen beperkingen of quota aan het aantal dienstverrichters dat mag toetreden? / 255
- 5.4.6 Vergelijkbare regels openhousemodel en overheidsopdracht voor sociale diensten / 256
- 5.4.7 Nationaal juridisch kader openhousemodel / 257
- 5.4.7.1 Wettelijk kader: abbb, privaatrecht en bevoegde rechter / 257
- 5.4.7.2 Nederlandse civiele rechter: abbb en redelijkheid en billijkheid / 258
- 5.4.7.3 CvAE: abbb, redelijkheid/billijkheid en afd. 1.2.1 Aanbestedingswet / 262
- 5.5 LEEMTE IN NEDERLANDSE WETGEVING: VOORSTEL REGULERING OPENHOUSEMODEL / 263
- 5.6 ONNODIG TOEPASSEN AANBESTEDINGSREGELS BIJ OPENHOUSEMODEL: SPANNING TUSSEN HET PROPORTIONALITEITSBEGINSEL EN HET GELIJKHEIDS- EN TRANSPARANTIEBEGINSEL / 266
- 5.7 KIEZEN VOOR EEN OPENHOUSEMODEL: VOOR-/NADELEN OP DE GOEDE ORGANISATIE VAN ZORG / 267
- 5.8 CONCLUDEREND: HET OPENHOUSEMODEL ALS ALTERNATIEVE KEUZEOPTIE VOOR HET ORGANISEREN SOCIALE DIENSTEN / 269
  
- 6 **De concessieopdracht: onbewuste praktijk of potentieel toekomst-scenario in het sociaal domein? / 271**
- 6.1 INLEIDING / 271

- 6.2 ONTWIKKELING VAN DE CONCESSIEOPDRACHT ALS EUROPEES RECHTSINSTRUMENT VOOR MAATSCHAPPELIJKE VOORDELEN VOOR EU-BURGERS / 273
- 6.2.1 De concessieopdracht: betekenis en afbakening / 273
- 6.2.2 Totstandkomingsproces 1989-2014 van de EU-concessierichtlijn / 275
- 6.3 EU- EN NATIONALE AANBESTEDINGSREGELS VOOR CONCESSIE-OPDRACHTEN VOOR SOCIALE DIENSTEN / 278
- 6.4 SCHEIDSLIJNEN TUSSEN DE OVERHEIDS- EN CONCESSIE-OPDRACHT / 281
- 6.4.1 Scheidslijnen: exploitatierecht en overdracht van exploitatierisico / 281
- 6.4.2 Overdracht exploitatierisico cruciaal: onderscheid overheids- en concessieopdracht vervaagt? / 283
- 6.4.3 Codificatie in concessierichtlijn: ruime uitleg overdracht van exploitatierisico / 291
- 6.4.3.1 Operationeel risico moet voortvloeien uit de exploitatie van de werken of diensten / 292
- 6.4.3.2 Exploitatierisico bestaat uit een aanbod- en/of vraagrisico / 293
- 6.4.3.3 Geen garantie dat gedane investeringen en/of exploitatiekosten worden terugverdiend / 294
- 6.4.3.4 Exploitatierisico behelst werkelijke blootstelling aan de grillen van de markt: potentiële verliezen zijn niet louter nominaal of verwaarloosbaar / 295
- 6.5 KIEZEN VOOR DE CONCESSIEOPDRACHT OM SOCIALE DIENSTEN TE ORGANISEREN? / 296
- 6.5.1 Verschijningsvormen exploitatierecht bij sociale diensten / 297
- 6.5.2 Overdracht van (beperkt) exploitatierisico bij sociale diensten (on)mogelijk? / 299
- 6.6 SCHEIDSLIJNEN VAN DE CONCESSIEOPDRACHT MET DE VERGUNNING, SUBSIDIE EN HET OPENHOUSEMODEL / 302
- 6.6.1 Scheidslijn met subsidie en vergunning: overeenkomst onder bezwarende titel / 302
- 6.6.2 Scheidslijn met openhousemodel: exclusieve selectie / 307
- 6.7 DE PLURIFORMITEIT VAN CONCESSIES IN NEDERLAND: WELKE CONCESSIES ZIJN EU-CONCESSIEOPDRACHTEN DIE MOETEN WORDEN AANBESTEED? / 308
- 6.8 CONCLUDEREND / 312
- 7 Procedures Prestatie-inkoop, Zeeuws model, Dialooggericht contracteren en onderhandelingsprocedure sociaal domein: overheidsoopdracht of openhousemodel? / 315**
- 7.1 INLEIDING / 315
- 7.2 PRESTATIE-INKOOP, ZEEUWS MODEL, DIALOOGGERICHTE PROCEDURE EN ONDERHANDELINGSPROCEDURE SOCIAAL DOMEIN / 317
- 7.3 KERNELEMENTEN INKOOPPROCEDURES GETOETST AAN HET AANBESTEDINGSRECHT / 320
- 7.3.1 Voorafgaande observatie: Nederlandse wetgever (en niet gemeenten) dient in procedure te voorzien / 321

- 7.3.2 Functioneel specificeren: mits voldoende waarborgen, goede methode voor innovatieve oplossingen / 322
- 7.3.3 Risico- en kansendossier: voorzien in transparant en objectief beoordelingssysteem en geen wezenlijke wijziging opdracht / 326
- 7.3.4 Vermenging van selectie- en gunningsfase kan leiden tot ongewenste uitkomsten / 328
- 7.3.5 Interview als (sub-)gunningscriterium in spanning met aanbestedingsbeginselen en uitgangspunten / 331
- 7.3.6 Onderhandelingen en dialoog: alleen binnen strikte voorwaarden toegestaan / 333
- 7.3.7 Een balans tussen rechtmatigheid en doelmatigheid bij het aanbesteden van sociale diensten / 337
- 7.4 INKOOPPROCEDURES ZEEUWS MODEL, DIALOOGGERICHTE PROCEDURE EN ONDERHANDELINGSPROCEDURE SOCIAAL DOMEIN (OSD) GETOETST AAN OPENHOUSEMODEL / 338
- 7.4.1 Zeeuws model: een duidelijk openhousemodel / 338
- 7.4.2 Dialooggerichte procedure en procedure OSD: geen onderhandelingen mogelijk over harde vereisten / 340
- 7.5 ONDERHANDELEN VS. GELIJKHEIDS- EN TRANSPARANTIE-BEGINSEL / 342
- 7.6 CONCLUSIE / 342
  
- 8 Reikwijdte van het ondernemersbegrip in het aanbestedingsrecht: naar een uitzondering voor burgerinitiatieven, vrijwilligersorganisaties en sociale ondernemingen? / 345**
- 8.1 INLEIDING / 345
- 8.2 HET BEGRIP ONDERNEMER: EEN HISTORISCHE BESPREKING VAN EEN TAALKUNDIGE EN INHOUDELIJKE CONCEPTUELE ONTWIKKELING / 348
- 8.2.1 Ondernemers: natuurlijke en rechtspersonen met inbegrip van openbare lichamen / 348
- 8.2.2 Ondernemers: marktdeelnemers naar analogie mededingingsrecht / 349
- 8.2.3 Codificatie jurisprudentie marktdeelnemer in de aanbestedingsrichtlijnen / 352
- 8.3 WIE VALT ONDER HET AANBESTEDINGSRECHT? KENMERKEN ONDERNEMERS IRRELEVANT, RELEVANT IS OF SPRAKE IS VAN EEN ECONOMISCHE ACTIVITEIT / 353
- 8.3.1 Irrelevante kenmerken voor het ondernemersbegrip / 355
- 8.3.1.1 Zijn van een openbaar lichaam of gesubsidieerd lichaam is irrelevant / 355
- 8.3.1.2 Ontbreken winstoogmerk en nastreven van sociaal doel irrelevant / 361
- 8.3.1.3 Enkel verkrijgen kostenvergoeding is irrelevant / 364
- 8.3.1.4 Rechtsvorm, zoals het zijn van een vereniging of stichting, is irrelevant / 365
- 8.3.2 Relevante elementen voor ondernemersbegrip: ‘economische activiteit’ / 366

- 8.4 EEN NIEUWE KOERS NA HET VERDRAG VAN LISSABON:  
RECHTSTREEKSE GUNNING VRIJWILLIGERSORGANISATIES  
TOCH MOGELIJK / 368
- 8.4.1 Rechtstreekse gunning aan vrijwilligersorganisaties onder de  
vrijverkeersregels mogelijk op basis van objectieve rechtvaardigings-  
grond / 368
- 8.4.2 Reikwijdte ondernemersbegrip aanbestedingsrichtlijnen in spanning  
met EU-kernwaarden? / 373
- 8.4.3 Rechtstreekse gunning van sociale diensten aan vrijwilligers-  
organisaties en burgerinitiatieven in Nederland / 376
- 8.5 MOGELIJKHEDEN OM BINNEN AANBESTEDINGSRECHT REKENING  
TE HOUDEN MET BIJZONDERE KARAKTER VAN BEPAALDE  
'ONDERNEMERS' / 379
- 8.5.1 Voorbehouden van opdrachten aan sociale werkplaatsen, vrijwilligers-  
organisaties of burgerinitiatieven? / 380
- 8.5.2 De percelenregeling: direct gunnen van een deel van de opdracht aan  
een burgerinitiatief/vrijwilligersorganisatie / 382
- 8.6 NAAR EEN NIEUWE CATEGORISERING VAN MARKTDEELNEMERS  
ONDER DE EU-SOCIALE MARKTECONOMIE / 382
- 8.7 CONCLUSIE / 385
- 9 Conclusie en aanbevelingen / 387**
- 9.1 DUIDELIJKHEID OVER SCHEIDSLIJNEN TUSSEN RECHTSINSTRUMEN-  
TEN BIJ HET ORGANISEREN VAN SOCIALE DIENSTEN / 387
- 9.2 CONCLUSIES EN BEVINDINGEN / 391
- 9.2.1 De organisatie van sociale diensten: tussen nationale soevereiniteit  
en de Europese sociale markteconomie / 391
- 9.2.2 Scheidslijnen tussen de overheidsopdracht en de rechtsinstrumenten  
subsidie, vergunning, concessie en het openhousemodel / 393
- 9.2.2.1 EU-definitie overheidsopdracht leidend bij het identificeren van de  
scheidslijnen tussen instrumenten / 393
- 9.2.2.2 Overeenkomst onder bezwarende titel vormt met jurisprudentiële  
sub-criteria duidelijke scheidslijn tussen overheidsopdracht en  
subsidie/vergunning / 396
- 9.2.2.3 Exclusieve selectie vormt duidelijke scheidslijn tussen de overheids-  
opdracht en het openhousemodel / 400
- 9.2.2.4 Exploitatieright en overdracht van exploitatierisico vormen scheidslijn  
tussen de overheids- en concessieopdracht / 401
- 9.2.2.5 Scheidslijnen concessieopdracht versus subsidie, vergunning,  
openhousemodel vergelijkbaar met overheidsopdracht / 403
- 9.2.2.6 Beslisschema: kiezen uit instrumenten om sociale diensten te  
organiseren / 404
- 9.2.2.7 Identificatie overheidsrollen: de overheid als opdrachtgever,  
poortwachter of supporter / 404
- 9.2.2.8 Invloed EU-aanbestedingsrecht op verdeling schaarse subsidies en  
vergunningen / 405
- 9.2.3 Juridische status openhousemodel / 406

9.2.4	De goede organisatie van zorg ten behoeve van huidige en toekomstige generaties / 407
9.2.4.1	Duidelijke scheidslijnen tussen instrumenten in het sociaal domein / 407
9.2.4.2	Toetsing niet-gereguleerde inkoopprocedures sociaal domein / 408
9.2.4.3	Eigenschappen en enkele voor- en nadelen van de instrumenten met het oog op de goede organisatie van zorg / 410
9.2.4.4	De rol en positie van burgercoöperaties, vrijwilligersorganisaties en/of sociale ondernemingen in het aanbestedingsrecht / 418
9.3	AANBEVELINGEN AAN WETGEVER, GEMEENTEN EN SOCIALE SECTOR / 420
9.3.1	Duidelijke scheidslijnen tussen de overheidsopdracht en andere instrumenten in wet- en regelgeving / 420
9.3.2	Aanbevelingen ten behoeve van een goede organisatie van sociale diensten / 426
	<b>English Summary / 431</b>
1	Introduction: distinguishing public contracts from subsidies, authorisation schemes, concession contracts and the open-house model / 431
2	The organisation of social care services: between national sovereignty and the European Social Market Economy / 432
3	The dividing lines between public contracts and subsidies, authorisation schemes, concessions and the open-house model / 434
3.1	The EU definition of a public contract should lead the identification of the dividing lines between legal instruments / 434
3.2	The ‘contract for pecuniary interest’-criterion and its jurisprudential sub-criteria create a clear dividing line between public contracts and subsidies/authorisation schemes / 437
3.3	‘Exclusive selection’ as clear dividing line between public contracts and the open-house model / 440
3.4	The criteria ‘a right to exploit’ and ‘the transfer of operating risk’ constitute clear dividing lines between public contracts and concession contracts / 440
3.5	Dividing lines between concession contracts and subsidies, authorisation schemes and the open-house model / 441
3.6	Decision scheme: how to choose between legal instruments? / 442
3.7	Identification of different functions of public authorities: contracting authority, gatekeeper or supporter / 442
4	Legal status open-house model / 443
5	Social care services of good quality for current and future generations / 444
5.1	Clear dividing lines between instruments for a good organisation of social care services / 444
5.2	Choosing instruments for a good organisation of social care services / 446
5.3	The status of charity organisations, citizens’ initiatives and/or social entrepreneurs in EU law / 449
6	Conclusions and recommendations / 450

**Literatuurlijst / 453**

**Jurisprudentieregister / 485**

**Dankwoord / 493**

**Curriculum vitae / 495**

# Lijst van afkortingen

IB-diensten	Diensten genoemd in bijlage IB van Richtlijn 1992/50/EEG
IIB-diensten	Diensten genoemd in bijlage IIB van Richtlijn 2004/18/EG
abbb	algemene beginselen van behoorlijk bestuur
ABRvS	Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State
Afdeling	Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State
afl.	aflevering
A-G	Advocaat-Generaal
amvb	algemene maatregel van bestuur
Ar	Aanwijzingen voor de regelgeving
art.	artikel
Aw 2012	Aanbestedingswet 2012
Awb	Algemene Wet Bestuursrecht
Aw DV	Aanbestedingswet op het gebied van defensie en veiligheid
B&W	college van burgemeester en wethouders
bijv.	bijvoorbeeld
BW	Burgerlijk Wetboek
CBB	College van Beroep voor het bedrijfsleven
COM	Commissiedocument
CRvB	Centrale Raad van Beroep
CvAE	Commissie van Aanbestedingsexperts
diss.	dissertatie
e.a.	en anderen
ECLI	European Case Law Identifier
EG	Europese Gemeenschap
EG-Verdrag	Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap
EMVI	economisch meest voordelige inschrijving
etc.	et cetera
EU	Europese Unie
EU Commissie	Europese Commissie
EU-lidstaat	lidstaat van de Europese Unie
EU-Verdragen	VEU en VWEU
e.v.	en verder
Handvest	Handvest van de Grondrecht van de Europese Unie
HR	Hoge Raad
Hv	Handvest
HvJ EG	Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen
HvJ EU	Hof van Justitie van de Europese Unie
nr.	nummer
o.a.	onder andere
p.	pagina

par.	paragraaf
Pb	Publicatieblad van de Europese Unie
P-G	Procureur Generaal
Rb.	Rechtbank
red.	redactie
r.o.	rechtsoverweging
SAS	sociale en andere specifieke diensten
Stb.	Staatsblad
Stcrt.	Staatscourant
UEA	Uniform Europees Aanbestedingsdocument
VAR	VAR Vereniging voor bestuursrecht
VEU	Verdrag betreffende de Europese Unie
vgl.	vergelijk
VNG	Vereniging van Nederlandse Gemeenten
VWEU	Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie
Vzr.	Voorzieningenrechter
Wet Bibob	Wet bevordering integriteitsbeoordelingen door het openbaar bestuur
Wmo	Wet maatschappelijke ondersteuning



# Hoofdstuk 1

## Inleidend hoofdstuk

### 1.1 **DUIDELIJKHEID OVER RECHTSINSTRUMENTEN TEN BEHOEVE VAN EEN GOEDE ORGANISATIE VAN SOCIALE DIENSTEN**

In 2016 en 2018 deed het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: HvJ EU) een tweetal belangrijke uitspraken, die in Nederland en dan vooral in het sociaal domein, nieuwe perspectieven deed openen. In deze zaken, het betreft de zaak *Falk Pharma* uit 2016 en de zaak *Tirkkonen* uit 2018, legt het HvJ EU de reikwijdte van de Europese aanbestedingsrichtlijnen nader uit en verduidelijkt dat overheidscontracten die zonder selectie tussen geïnteresseerde ondernemers worden toegekend, niet onder die richtlijnen vallen; die hoeven dan ook niet te worden aanbesteed.<sup>1</sup> In deze beide zaken, die speelden in Duitsland en in Finland en respectievelijk kortingsovereenkomsten voor medicijnen en contracten voor landbouwadviesdiensten betroffen, worden door een publieke instantie contracten gesloten met alle geïnteresseerde leveranciers dan wel aanbieders die aan bepaalde randvoorwaarden (geschiktheids- en financiële eisen) voldoen. Vervolgens kunnen derden, vaak de gebruikers en in deze zaken respectievelijk apothekers/patiënten en landbouwers, zelf voor een aanbieder kiezen uit de lijst gecontracteerde aanbieders. In deze zaken legt het HvJ EU uit:

*‘De keuze van een inschrijving, en dus van een begunstigde, is [...] een element dat intrinsiek verbonden is met de bij deze richtlijn ingevoerde regelgeving voor overheidsopdrachten en bijgevolg met het begrip “overheidsopdracht” in de zin van artikel 1, lid 2, onder a), hiervan’.*<sup>2</sup>

Als er door een publieke instantie geen keuze wordt gemaakt voor één of meerdere aanbiedingen en dus van aanbieders, dan is volgens het Hof geen sprake van een overheidsopdracht als bedoeld in de EU-aanbestedingsrichtlijnen. Overheidscontracten die zonder selectie aan iedere geïnteresseerde aanbieder worden toegekend, hoeven dus niet te worden aanbesteed.

Deze arresten leidden tot belangrijke inzichten voor het sociaal domein. In de jaren voorafgaand – en ook tussen – deze arresten was namelijk veel maatschappelijke ophef én politieke discussie ontstaan over een vermeende (Europese) aanbestedingsverplichting voor diensten in het sociaal domein.<sup>3</sup> Toen echter met het oog op deze

1. HvJ EU 2 juni 2016, C-410/14, ECLI:EU:C:2016:399 (*Falk Pharma*) en HvJ EU 1 maart 2018, C-9/17, ECLI:EU:C:2018:142 (*Tirkkonen*).
2. *Falk Pharma*, r.o. 38; zie ook: *Tirkkonen*, r.o. 30.
3. Zie *Kamerstukken II 2017/18, 34477*, nr. 38; zie ook het initiatiefvoorstel en de memorie van toelichting van de leden Ellemeet en Van der Staaij tot wijziging van de Aanbestedingswet 2012 in verband met het schrappen van de verplichte aanbesteding binnen het sociaal domein: *Kamerstukken II 2018/19, 35105*, nr. 2 (initiatiefvoorstel), *Kamerstukken II 2018/19, 35105*, nr. 3 (memorie van

arresten de contracten gesloten tussen gemeenten en zorgaanbieders nog eens goed onder de loep werden genomen, bleek dat mogelijk een behoorlijk aantal van deze contracten die gemeenten door middel van een aanbesteding in de markt zetten, helemaal niet onder de Europese aanbestedingsverplichting vielen. Veel overeenkomsten werden namelijk gesloten met iedere geïnteresseerde zorgaanbieder die aan de geschiktheidseisen voldeed en waarbij de cliënt vervolgens voor één van de zorgaanbieders mocht kiezen.<sup>4</sup> Zo volgde uit een analyse over het jaar 2018 dat van alle zorg in het sociaal domein die door gemeenten werd georganiseerd, in totaliteit ruim 90% buiten de werkingssfeer van de Europese aanbestedingsregels zou vallen.<sup>5</sup> Overigens kiezen gemeenten anno heden, mede met het oog op het belang van kwalitatief hoogstaande zorg, weer vaker voor het contracteren van een aantal ‘beste’ zorgaanbieders, door het volgen van een aanbestedingsprocedure.<sup>6</sup>

Deze manier van contracteren – waarbij door gemeenten geen keuze voor een zorgaanbieder wordt gemaakt – wordt sindsdien in Nederland het openhousemodel genoemd, vernoemd naar het ‘*Open-House-Modell*’ uit de Duitse zaak *Falk Pharma*.<sup>7</sup> Hier zij alvast opgemerkt dat de diensten in het sociaal domein als bedoeld in dit onderzoek, verder zullen worden aangemerkt als sociale diensten. Daaronder worden verstaan, die diensten die gemeenten op grond van de decentralisatiewetten in het sociaal domein voor haar inwoners dienen te organiseren, zoals jeugdzorg, schuldhulpverlening en Wmo-diensten; onder Wmo-diensten vallen bijvoorbeeld diensten van beschermd wonen, huishoudelijke hulp en persoonlijke verzorging.<sup>8</sup>

De verwarring tussen de overheidsopdracht en het openhousemodel is niet de enige onduidelijkheid die er in het sociaal domein is ontstaan als het gaat om de verschillende instrumenten die gemeenten kunnen kiezen om sociale diensten te organiseren. In het sociaal domein in Nederland is namelijk een onduidelijke situatie ontstaan over het hele palet aan verschillende instrumenten die gemeenten kunnen kiezen om sociale diensten voor hun inwoners te organiseren en de scheidslijnen tussen deze verschillende instrumenten.<sup>9</sup>

Daarbij spelen twee ontwikkelingen een belangrijke rol. Allereerst zijn gemeenten op grond van de decentralisatiewetten, de Jeugdwet, de Wmo 2015 en de Participatiewet in 2015, geheel verantwoordelijk geworden voor het organiseren van cruciale diensten met betrekking tot jeugdzorg, maatschappelijke ondersteuning en participatie voor hun inwoners.<sup>10</sup> Eerder, in 2012, waren gemeenten ook reeds verant-

toelichting). Zie bijv. ook: Jorritsma & Wester, NRC 3 mei 2017 en ‘Verzet tegen aanbesteden jeugdzorg: “Kinderen schieten er niks mee op”’, NOS 16 december 2018.

4. Zie bijv. Uenk e.a. 2018; zie hierover ook: Uenk 2019.

5. Uenk e.a. 2018, p. 6, 28 en 38.

6. Zie Uenk & Wind 2020.

7. *Falk Pharma*, r.o. 31.

8. Zie voor een uitgebreide definitie hierna par. 1.5.

9. Zie ook: Manunza & Telgen, *Stcrt*. 2017.

10. Voor de betreffende wetten, zie: Wet van 1 maart 2014 inzake regels over de gemeentelijke verantwoordelijkheid voor preventie, ondersteuning, hulp en zorg aan jeugdigen en ouders bij opgroei- en opvoedingsproblemen, psychische problemen en stoornissen (Jeugdwet); Wet van 9 juli 2014, houdende regels inzake de gemeentelijke ondersteuning op het gebied van zelfredzaamheid, participatie, beschermd wonen en opvang (Wet maatschappelijke ondersteuning 2015); Wet van 9 oktober 2003, houdende vaststelling van een wet inzake ondersteuning bij arbeidsinschakeling en verlening van bijstand door gemeenten (voorheen: Wet werk en bijstand, vanaf 2015: Participatiewet). Zie ook de memorie van toelichting bij deze wetten: *Kamerstukken II 2012/13*, 33684, nr. 3

woordelijk geworden voor de schuldhulpverlening.<sup>11</sup> Ook waren met de Wmo 2007 reeds taken naar de gemeenten overgeheveld. Per 1 januari 2022 is tevens de inburgering aan het gemeentelijk takenpakket toegevoegd.<sup>12</sup> Daarmee hebben gemeenten er dus een nieuwe en omvangrijke taak bij gekregen, die betrekking heeft op de hulp en ondersteuning aan kwetsbare personen, zoals ouderen, mensen met een beperking, chronisch psychische of psychosociale problemen, jeugdigen en vluchtelingen.

Een tweede belangrijke ontwikkeling is de introductie van selectie op basis van prijs en kwaliteit in het sociale zorglandschap, juist in het jaar voor de decentralisaties van 2015. Met Richtlijn 2014/24/EU en 2014/23/EU zijn overheidsopdrachten en concessieovereenkomsten voor sociale diensten namelijk onder de volledige werking van de aanbestedingsrichtlijnen gebracht, zij het dat daarop een speciaal licht regime van toepassing is.<sup>13</sup>

Te midden van deze ontwikkelingen is in de praktijk van het sociaal domein vervolgens onduidelijkheid ontstaan over de verschillende instrumenten die gemeenten kunnen hanteren en de scheidlijnen daartussen. Gemeenten kunnen er namelijk allereerst voor kiezen om deze diensten zelf uit te voeren, ook wel inbesteden genoemd, dan wel de diensten door private marktpartijen te laten uitvoeren (ook wel: uitbesteden).<sup>14</sup> Wanneer zij ervoor kiezen om de diensten door private marktpartijen te laten organiseren, hebben zij vervolgens een aantal keuzemogelijkheden omdat zij in beginsel kunnen kiezen voor de overheidsopdracht, de concessie, de vergunning of de subsidie. In de praktijk worden deze verschillende instrumenten echter met elkaar verward. Zo worden contracten voor de uitvoering van sociale diensten onderworpen aan een aanbestedingsprocedure, terwijl die contracten geen overheidsopdracht in de zin van de aanbestedingsrichtlijn vormen; deze contracten hoeven dus niet te worden aanbesteed. Bovendien bestaat er verwarring tussen de overheidsopdracht en de subsidie als er rechtstreeks, zonder het volgen van een aanbestedingsprocedure, subsidies worden verstrekt die in feite verkapte overheidsopdrachten vormen. Verder wordt inmiddels expliciet gekozen voor het hierboven genoemde ‘openhousemodel’.<sup>15</sup> De vraag die hier echter rijst is wat dit voor instrument is en, daarmee samenhangend, welk juridisch kader daarop van toepassing is. Ook worden er in de praktijk diverse nieuwe inkoopprocedures ontwikkeld om sociale diensten op een goede en passende wijze te organiseren, zoals het ‘Zeeuws model’ of ‘dialooggericht contracteren’. In de volgende paragraaf zal ik op deze procedures nader ingaan. Hier ontstaan vragen naar hun rechtmatigheid en het juridisch kader dat daarop van toepassing is. Daarbij speelt een rol dat in Nederland de wetgever slechts summier gehoor heeft gegeven aan

(Jeugdwet); *Kamerstukken II* 2013/14, 33841, nr. 3 (Wmo 2015); *Kamerstukken II* 2011/12, 33161, nr. 3 (Participatiewet).

11. Op grond van de Wet gemeentelijke schuldhulpverlening; Wet van 9 februari 2012 tot het geven aan gemeenten van de verantwoordelijkheid voor schuldhulpverlening.
12. Zie: Wet Inburgering 2021.
13. Het betreft: 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 L 94/65* (ook wel Richtlijn klassieke sectoren) en Richtlijn 2014/23/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van concessieovereenkomsten, *PbEU L 94/1* (ook wel: concessierichtlijn).
14. Zie hierover o.a.: Manunza & Berends 2013, p. 347; Janssen 2018, p. 123.
15. Vgl. Uenk e.a. 2018; Uenk, Wind & Telgen 2019; Uenk & Wind 2020.

de oproep uit de Europese aanbestedingsrichtlijn om een specifieke aanbestedingsprocedure te ontwikkelen voor sociale diensten, die ruimte biedt om met de behoeften rondom sociale diensten rekening te houden.<sup>16</sup>

Het is in het kader van een goede organisatie van sociale diensten van belang dat duidelijkheid bestaat over deze instrumenten en hun scheidslijnen en onduidelijkheid daarover wordt weggenomen.<sup>17</sup> Allereerst omdat overheden vanuit hun functie maar ook in het kader van de rechtszekerheid worden geacht de juiste benaming voor het juiste instrument te gebruiken.<sup>18</sup> Daarnaast omdat alle instrumenten functioneren binnen verschillende juridische kaders, die verschillende doelen beogen. Daarbij zien die kaders erop toe dat de verschillende belangen van betrokkenen, die bij het inzetten van een instrument door de overheid kunnen worden geraakt, worden beschermd. Zo kennen de overheids- en concessieopdracht een uitgebreide regeling op EU-niveau. Om ontduiking en omzeiling van EU-recht tegen te gaan, moeten dan ook alle handelingen die als een overheids- en concessieopdracht zijn aan te merken, aan de regels van de EU-aanbestedingsrichtlijnen voldoen. Daarover hierna in paragraaf 1.4 meer.

Verder is het ook van belang dat overheden (doel)bewust voor een instrument kiezen en deze op de juiste wijze (doelmatig) inzetten om beoogde doelen te bereiken. Elke keuze voor het ene dan wel een ander instrument kan namelijk verschillende effecten hebben op de goede zorg, bijvoorbeeld wat betreft het aanbod en de kwaliteit van sociale diensten en de wijze waarop de diensten aan inwoners worden aangeboden. In dat kader dienen overheden helderheid te hebben over de instrumenten die zij kunnen kiezen en hoe zij die kunnen dan wel moeten toepassen en wat de effecten zijn van het gebruik van de verschillende instrumenten. Om doelbewust te kunnen kiezen en het juiste juridische kader toe te passen is het dan ook van cruciaal belang dat duidelijkheid bestaat, zowel over deze keuzemogelijkheden, als over de scheidslijnen tussen de te kiezen instrumenten. In dit onderzoek worden deze instrumenten daarbij ook wel aangeduid als 'rechtsinstrumenten', omdat het instrumenten betreft die het recht aanreikt om deze diensten te organiseren.<sup>19</sup>

Terzijde dient daarbij nog te worden opgemerkt dat de problematiek van de onduidelijkheid over de scheidslijnen tussen rechtsinstrumenten niet alleen speelt in het sociaal domein in Nederland, maar dat deze problematiek sectoroverstijgend is en gezien de Europese jurisprudentie ook voorkomt in andere Europese lidstaten. Zo volgt uit de jurisprudentie dat onduidelijkheid of sprake is van een subsidie of

16. In art. 2.39 Aw 2012 zijn slechts basiselementen neergelegd, zonder dat duidelijk is gemaakt hoe een gunningsprocedure voor sociale diensten eruit moet zien.

17. In plaats van verwarring en onduidelijkheid hanteert Manunza in breder verband ook wel de term 'misvattingen'. Vgl. Manunza, *SEW 2004*. Oorzaken voor dergelijke 'misvattingen' die Manunza aanwijst en die ook in dit onderzoek een rol kunnen spelen, zijn dan o.m.: het feit dat het aanbestedingsrecht vooral vanuit nationaalrechtelijk perspectief wordt benaderd, de onvoldoende bekendheid van de overheid met het systeem van Europees recht en zijn algemene leerstukken en de gebrekkige ambitie om de Nederlandse regels goed in het Europese systeem in te passen.

18. Vgl. Van Ommeren, *NTB 2020/257* (in het kader van het onderscheid tussen de concessie, vergunning en subsidie).

19. Zie voor een uitgebreidere definitie van dit begrip par. 1.5. Overigens kunnen deze instrumenten dus ook ingezet worden om andere diensten te organiseren, maar in dit boek is dit toegespitst op sociale diensten.

overheidsopdracht, van een overheidsopdracht of openhousemodel, of van een overheidsopdracht of concessie, ook bestaat bijvoorbeeld bij het organiseren van (landbouw)adviesdiensten, schoonmaakdiensten, ambulancediensten of ICT-diensten.<sup>20</sup> Deze onduidelijkheid kan in feite steeds plaatsvinden waar overheden taken door middel van verschillende instrumenten kunnen organiseren. In dit boek wordt de problematiek echter besproken in het kader van de taken die gemeenten hebben om sociale diensten te organiseren.<sup>21</sup> De bevindingen die in dit boek worden gedaan, zijn echter tevens bruikbaar voor andere sectoren, omdat ook bij andere sectoren steeds dezelfde scheidslijnen van belang zijn om het onderscheid tussen de instrumenten te kunnen maken.

## 1.2 CONTEXT EN ACHTERGRONDEN VAN DE PROBLEMATIEK

De hierboven beschreven onduidelijkheid over de scheidslijnen tussen rechtsinstrumenten, en daarmee samenhangend ook de keuzemogelijkheden om sociale diensten te organiseren, vindt plaats binnen een specifieke context. Deze context is van belang, zowel om de huidige verwarring tussen rechtsinstrumenten beter te begrijpen, alsook omdat deze context het belang onderstreept van meer duidelijkheid over de afbakening tussen deze instrumenten. Hieronder passeren vier van de belangrijkste onderdelen van deze context de revue, namelijk: een context van decentralisatie, stijgende zorgkosten en vergrijzing (1.2.1), van een veranderende financieringsrol van de overheid (de gemeente) in het sociaal domein (1.2.2) van gefragmenteerde regelgeving in een veranderende Europese context (1.2.3) en van actoren in dienstentriades (1.2.4).

### 1.2.1 Decentralisatie van het sociaal domein, stijgende zorgkosten en vergrijzing

*Een omvangrijke nieuwe maatschappelijke opgave voor gemeenten*

Met de Jeugdwet, Wmo 2015 en Participatiewet in 2015, is de decentralisatie van het sociaal domein een feit geworden. Hoewel met de Welzijnswet in 1987, met de Wmo 2007 en de Wet gemeentelijke schuldhulpverlening in 2012, reeds enkele taken werden gedecentraliseerd, is met de overheveling van de taakstelling voor de uitvoering van de Jeugdwet, Wmo 2015 en Participatiewet in dat jaar de gehele organisatie van het sociaal domein bij de gemeenten komen te liggen. Zo dienen gemeenten er op basis van de Jeugdwet voor zorg te dragen dat alle kinderen in Nederland gezond en veilig kunnen opgroeien, hun talenten kunnen ontwikkelen en naar vermogen kunnen participeren in de samenleving. In dat kader dienen zij daarom te voorzien in diensten variërend van ambulante jeugdhulp tot verblijf in jeugdzorginstellingen. Op grond van de Wmo 2015 dienen gemeenten te voorzien in sociale diensten ter ondersteuning van de zelfredzaamheid en participatie van

20. Zie o.a.: HvJ EU 1 maart 2018, C-9/17, ECLI:EU:C:2018:142 (*Tirkkonen*); HvJ EU 13 juni 2013, C-386/11, ECLI:EU:C:2013:385 (*Piepenbrock*); HvJ EU 10 maart 2011, C-274/09, ECLI:EU:C:2011:130 (*Stadler/Passau*); HvJ EU 28 mei 2020, C-796/18, ECLI:EU:C:2020:395 (*Stadt Köln*). Deze arresten worden in de volgende hoofdstukken nader besproken.

21. Zo kan deze verwarring gezien de later in dit onderzoek te bespreken (vooral Europese) jurisprudentie ook bestaan in vele andere sectoren, als daarvan voorbeelden zijn uit bijvoorbeeld de bouwsector, landbouwadviessector, medische zorgsector, en in andere lidstaten, zoals Italië, Finland en Duitsland.

mensen met een beperking, chronische, psychische of psychosociale problemen, zodat zij zo lang mogelijk in de eigen leefomgeving kunnen blijven. Dit gaat dan bijvoorbeeld om het voorzien in diensten van huishoudelijke hulp, persoonlijke verzorging en dagbesteding. Daarnaast dienen gemeenten op basis van deze wet ook te voorzien in beschermd wonen en opvang voor mensen met psychische of psychosociale problemen of voor mensen die niet meer thuis kunnen wonen, bijvoorbeeld als gevolg van huiselijk geweld. De Participatiewet belegt bij gemeenten de verantwoordelijkheid om ondersteuning te organiseren voor personen die niet in hun bestaan kunnen voorzien of aan het werk kunnen komen. Het gaat dan om diensten als arbeidsinschakeling, inkomensondersteuning en beschut werken. Daarmee hebben gemeenten er dus een omvangrijke nieuwe maatschappelijke opgave bij. Dit blijkt ook uit het feit dat het grootste deel van het totale budget waarover gemeenten heden ten dage beschikken, voor de jaren 2017 en 2018 bijna 61%, wordt uitgegeven aan het sociaal domein, waarvan ruim de helft van de uitgaven Jeugdwet en Wmo-diensten betreft.<sup>22</sup>

De decentralisatieoperatie van het sociaal domein staat niet op zichzelf, maar maakt deel uit van een breder proces van decentralisaties ook op andere terreinen, dat reeds in gang werd gezet vanaf de jaren zeventig van de vorige eeuw.<sup>23</sup> In die tijd kwamen er namelijk steeds meer politieke, economische en praktische bezwaren tegen de centralistisch gestuurde verzorgingsstaat. Uit de Decentralisatienota van 1980 en het daarop voortbouwende Decentralisatieplan van 1983, blijkt dat een verbetering van de verhoudingen tussen het Rijk en de lagere overheden noodzakelijk werd geacht onder meer om de democratie op lager niveau nieuwe kansen en verantwoordelijkheden te bieden en om een doelmatigere werkwijze van de Nederlandse overheid te realiseren.<sup>24</sup> Uitgangspunt voor de komende jaren zou volgens het Decentralisatieplan worden dat taken uitgevoerd zullen worden op decentraal niveau, tenzij er een goede reden is voor centrale sturing.<sup>25</sup> Andere doelstellingen achter deze rijksbrede decentralisatie van taken waren het ontlasten van het overbelaste rijksapparaat, versterking van de lokale democratie, toegankelijkheid van het bestuur, en verkleining van de afstand tussen bestuurder en bestuurde.<sup>26</sup> Door Fleurke e.a. zijn in het algemeen de volgende doelstellingen van decentralisatie geïdentificeerd: integraal beleid (1), maatwerk (2), slagvaardigheid (3) en democratisering (4).<sup>27</sup> Deze doelstellingen zijn ook duidelijk terug te zien bij de decentralisatie in het sociaal domein.<sup>28</sup> Als het gaat om integraal beleid zouden gemeenten namelijk beter dan de centrale overheid in staat zijn om overlappende problematiek, zoals een samenloop van armoede, schulden en jeugd- of gezinszorg,

22. Zie bijv.: Steiner 2019, p. 7; zie over de toename verder ook: Telgen, Uenk & Lohmann, *Lucide* 2014, p. 60.

23. Zie o.a.: Boogers & Reussing 2018.

24. *Kamerstukken II* 1982/83, 16492, nr. 8 (Decentralisatieplan), p. 7.

25. *Kamerstukken II* 1982/83, 16492, nr. 8 (Decentralisatieplan), p. 3, 7.

26. Zie *Kamerstukken II* 1980/81, 16492, nr. 2 (Decentralisatienota 1980) en het Decentralisatieplan 1983, p. 7. Zie ook: Tjalma-den Oudsten, Laagland & Brinkman 2006, p. 4-5.

27. Fleurke, Hulst & De Vries 1997. Zie o.a. ook: Boogers e.a. 2008, p. 13; Boogers & Reussing 2018, p. 15.

28. Zie bijv. de MvT bij de decentralisatiewetten: *Kamerstukken II* 2012/13, 33684, nr. 3 (Jeugdwet); *Kamerstukken II* 2013/14, 33841, nr. 3 (Wmo 2015); *Kamerstukken II* 2011/12, 33161, nr. 3 (Participatiewet).

integraal aan te pakken.<sup>29</sup> Ook kan de gemeente op deze manier de professional de ruimte bieden om casusgericht te werken. Dit laatste wordt in de praktijk vaak uitgedrukt aan de hand van het motto: 'één gezin, één plan, één regisseur'.<sup>30</sup> Als het gaat om maatwerk, dan zou de gemeente beter in staat zijn om specifieke op de situatie toegespitste oplossingen te bieden, als zij een beter zicht heeft op de lokale omstandigheden en op de specifieke situatie van een hulpvragende cliënt.<sup>31</sup> In die zin kunnen gemeenten dan ook met het oog op de derde geïdentificeerde doelstelling van decentralisatie slagvaardiger optreden: zij opereren dichter bij de burger en kunnen integrale maatwerkoplossingen bieden. Ook zouden zij sneller kunnen inspelen op gewijzigde omstandigheden.<sup>32</sup> Ten slotte zouden gemeenten, overeenkomstig de laatste doelstelling van democratisering, herkenbaarder en toegankelijker zijn dan een meer centraal gedreven bestuur. Dit maakt bijvoorbeeld dat cliënten en overige betrokkenen de weg naar de overheid makkelijker zouden moeten weten te vinden, bijvoorbeeld voor hun hulpvraag, dan wel voor opmerkingen of klachten.

Over de decentralisatie van het sociaal domein valt dan ook steeds te lezen dat de overheveling van taken van de centrale naar de decentrale overheid de kwaliteit en doeltreffendheid van zorg ten goede komt omdat de sociale diensten dicht(er) bij de burger worden georganiseerd.<sup>33</sup> Met het oog op deze doelstellingen en de efficiënte aanpak die gemeenten dusdoende zouden kunnen verwezenlijken, past de centrale overheid daarbij een efficiencykorting toe op het budget dat gemeenten voor deze taak ontvangen: gemeenten krijgen minder budget dan de rijksoverheid voorheen zelf aan de taak besteedde.<sup>34</sup> Dit is niet alleen het geval bij de decentralisatie van sociale diensten, maar aangezien bovenstaande decentralisatie doelen altijd spelen bij de overheveling van taken naar het decentrale niveau, wordt bij decentralisatie vrijwel altijd gekort op budgetten.<sup>35</sup> Gemeenten kunnen immers door deze efficiënte en doelgerichte aanpak kosten besparen, is de gedachte.

#### *Een nieuwe opgave plus: van verzorgingsstaat naar participatiesamenleving*

De decentralisatie in het sociaal domein betekent voor gemeenten dus een omvangrijke en nieuwe opgave naast hun bestaande takenpakket. Bij de uitvoering van deze nieuwe taak hebben gemeenten echter ook een aanvullende opdracht meegereggen, namelijk om een andere manier van denken over (sociale) zorg te implementeren. In het sociaal domein zelf wordt in dat opzicht ook wel gesproken van een transitie en een transformatie, waarbij het eerste staat voor de verandering van de bestuurlijke structuur, namelijk het overhevelen van de taken van het Rijk naar de gemeenten en alle gevolgen die daarmee samenhangen voor de organisatie

29. Zie hierover bijv.: CPB Notitie 2013, p. 9.

30. Zie ook o.a. Regeerakkoord 2012, p. 24.

31. Zie hierover bijv.: CPB Notitie 2013, p. 8.

32. Fleurke, Hulst & De Vries 1997.

33. Zie bijvoorbeeld de MvT bij de decentralisatiewetten: *Kamerstukken II 2012/13*, 33684, nr. 3 (Jeugdwet); *Kamerstukken II 2013/14*, 33841, nr. 3 (Wmo 2015); *Kamerstukken II 2011/12*, 33161, nr. 3 (Participatiewet). Zie ook: Pommer & Boelhouwer 2016; Pommer & Boelhouwer 2017; Pommer e.a. 2018 (Overall rapportages sociaal domein van 2015, 2016 en 2017).

34. Dit gebeurde wel gefaseerd, zie bijv.: Rapport Raad voor de financiële verhoudingen 2017, p. 9.

35. Zie Boogers e.a. 2008; Boogers & Reussing 2018, p. 15. Tjalma-den Oudsten, Laagland & Brinkman 2006, p. 5.

van de uitvoering, zoals de nieuwe wet- en regelgeving en de nieuwe financiële verhoudingen, en waarbij het tweede, transformatie, staat voor het implementeren van een cultuurverandering en een zorginhoudelijke vernieuwing.<sup>36</sup>

Net als andere Europese landen, heeft Nederland te maken met stijgende zorgkosten, onder meer veroorzaakt door demografische ontwikkelingen, toegenomen welvaart en nieuwe (medische) technologieën.<sup>37</sup> Een belangrijke kwestie die daarbij om aandacht vraagt is de vergrijzing van de bevolking: het aandeel ouderen in de samenleving neemt toe. Zo blijkt bijvoorbeeld uit prognoses van het CBS dat het aantal inwoners in Nederland van 65 jaar en ouder in de periode van 2020 tot 2060 gestaag doorgroeit van bijna 3,4 miljoen in 2020 naar bijna 5 miljoen in 2060, ten opzichte van een totale bevolkingsgroei van respectievelijk ongeveer 17,5 miljoen naar 19,5 miljoen.<sup>38</sup> Daarbij wordt ook gesproken van een ‘dubbele vergrijzing’, als niet alleen de groep ouderen een relatief groter aandeel vormt van de Nederlandse samenleving, maar ook de gemiddelde leeftijd steeds hoger komt te liggen. Als gevolg daarvan neemt de bevolking die zorg nodig heeft toe, maar krimpt tegelijkertijd de potentiële beroepsbevolking die de zorg zal kunnen verlenen.<sup>39</sup> Het is dan ook niet verwonderlijk dat het RIVM in onderzoek vaststelde dat zorgkosten, onder meer voor ouderenzorg, bij ongewijzigd beleid zullen blijven stijgen.<sup>40</sup> Om deze stijgende zorgkosten te beteugelen is men daarom omstreeks de jaren tachtig van de vorige eeuw gaan zoeken naar een andere invulling van de klassieke verzorgingsstaat, waarin de overheid een omvangrijk stelsel aan sociale verzekeringen en voorzieningen voor haar burgers organiseerde en financierde.<sup>41</sup> Sindsdien hebben er dan ook enkele belangrijke (stelsel)wijzigingen plaatsgevonden.<sup>42</sup> Tekenend daarbij is dat sinds de troonrede van 2013 in plaats van de verzorgingsstaat ook wel wordt gesproken van een ‘participatiesamenleving’.<sup>43</sup> Hoewel een duidelijke definitie van dit begrip nog steeds ontbreekt, lijkt daaronder een samenleving te moeten worden verstaan waarin mensen meer verantwoordelijkheid nemen voor hun eigen leven en omgeving. Positief gesteld wordt ook wel gesproken van een

36. Zie bijv.: Op het Veld & Wachtmeester 2012, p. 8.

37. Zie COM (2001) 723 def. En zie bijvoorbeeld in relatie tot demografische ontwikkelingen: Garssen 2011.

38. Zie de open database van het CBS, StatLine, ‘Prognose bevolking; geslacht en leeftijd, 2020-2060’, via: <https://opendata.cbs.nl/statline/#/CBS/nl/dataset/84646NED/table?ts=1600673360165> (laatst gezien: 16 augustus 2021).

39. Zie over dat laatste o.a. de cijfers van het CBS in: ‘Zal vergrijzing leiden tot een tekort aan arbeidskrachten?’, via: <https://www.cbs.nl/nl-nl/nieuws/2015/20/zal-vergrijzing-leiden-tot-een-tekort-aan-arbeidskrachten> (laatst gezien: 16 augustus 2021).

40. Vonk e.a. 2020.

41. Zie hierover: Rapport WRR 2006.

42. Bijvoorbeeld de stelselwijziging in 2006, maar ook de decentralisatie van het sociaal domein kan als een voorbeeld daarvan worden beschouwd.

43. Het concept ‘participatiesamenleving’ kreeg met name aandacht toen het werd genoemd in de Troonrede in 2013 van Kabinet-Rutte II door Koning Willem-Alexander. Dit concept werd echter al veel eerder gebezigd, zoals in 1990 toen het werd genoemd door CDA-kamerlid Frans Wolters en in 1991 door toenmalig vicepremier en minister van Financiën Wim Kok, die de (on)betaalbaarheid van de verzorgingsstaat aankaarte en sprak van een overgangsfase van de verzorgingsstaat naar een goed werkende participatiesamenleving. Daarnaast sprak ook premier Balkenende in 2005 al over een dergelijke participatiesamenleving. Ook andere termen die eenzelfde strekking hebben, werden reeds gebezigd, zoals: de zorgzame samenleving, verzorgingsmaatschappij, verantwoordelijke samenleving of doe-democratie, zie daarover bijv.: Hirsch Ballin 2013.



samenleving waarin we (weer) naar elkaar omzien en elkaar helpen.<sup>44</sup> Voor de organisatie van sociale diensten betekent deze participatiesamenleving echter een belangrijke accentverschuiving, namelijk van ‘een recht op zorg’ naar ‘wat kan de burger, eventueel met behulp van zijn familie en overige netwerk, nog wel zelf?’. Daarbij verdient nog opmerking dat hoewel deze participatiesamenleving ‘*top-down*’ is gestimuleerd, daarbij ook ‘*bottom-up*’ bewegingen een belangrijke rol spelen, als bijvoorbeeld burgerinitiatieven taken van de overheid willen overnemen, omdat zij vinden dat zij dat zelf beter, goedkoper of slimmer kunnen.<sup>45</sup>

Aan gemeenten is daarmee, naast de omvangrijke taak om sociale diensten te organiseren, de extra taak toebedeeld om met het oog op de hierboven geschetste ontwikkelingen een efficiëntieslag te maken, niet alleen door integraal te werken, maatwerk toe te passen en slagvaardig(er) op te treden, maar ook door een zorgvraag eerst te bekijken door de lens van de participatiesamenleving: wat kan iemand, eventueel met behulp van familie of burens nog wel zelf? En vervolgens: kan iemand een beroep doen op de bestaande algemene voorzieningen, bijvoorbeeld een buurthuis of een was-en strijkcentrale, of zijn er vrijwilligers die de benodigde hulp kunnen verlenen? Pas als deze opties niet voldoende voorzien in de behoefte van de cliënt, dan is er specifieke hulp vanuit de gemeente. Onderdeel van deze transformatieopdracht is daarnaast bijvoorbeeld ook het inzetten op preventie, zodat duurdere en meer specialistische hulp wordt voorkomen en ‘demedicalisering’, wat kortgezegd inhoudt dat dat wat onnodig in de medische sfeer is gebracht, weer daarbuiten dient te gaan vallen.<sup>46</sup> Gemeenten spelen dus momenteel een belangrijke rol bij het omvormen van de oude verzorgingsstaat, en dragen in die zin dan ook bij aan de nodige beteugeling van de zorgkosten om sociale diensten van goede kwaliteit ook voor de toekomstige generaties te kunnen blijven organiseren. Dit onderstreept dan ook de noodzaak voor gemeenten om een doelbewuste keuze voor een van de rechtsinstrumenten te maken om deze diensten met het oog op deze ontwikkelingen ‘goed’ te kunnen organiseren.

Ten slotte zij nog opgemerkt dat de ophef die er sinds de decentralisatie is ontstaan over de wijze waarop gemeenten sociale diensten organiseren, in deze context niet heel verwonderlijk is. Zo ontstond er bijvoorbeeld maatschappelijke onrust over het feit dat cliënten in veel gevallen minder uren zorg toegekend kregen dan voorheen<sup>47</sup>, cliënten een beroep moesten doen op hun netwerk<sup>48</sup> en over de faillissementen van zorgaanbieders door te scherpe tarieven voor het leveren van de

44. Zie bijvoorbeeld in de reactie van Kamerleden op de introductie van de participatiesamenleving, via: [https://www.tweedekamer.nl/kamerstukken/plenaire\\_verslagen/kamer\\_in\\_het\\_kort/verzorgingsstaat](https://www.tweedekamer.nl/kamerstukken/plenaire_verslagen/kamer_in_het_kort/verzorgingsstaat).

45. Dit wordt ook wel het ‘Right to Challenge’ genoemd, hierover meer in hoofdstuk 8, in het bijzonder par. 8.1; zie ook: Manunza & Meershoek, *PPLR 2020*.

46. Zie voor dit laatste bijv.: Rapport Raad voor Volksgezondheid en Samenleving 2017; Stinis, *TVBV 2004*.

47. Zie o.a.: ‘Noodkreet thuiszorg: “Een kopje koffie mag niet meer”’, *Het Parool* 24 maart 2018. Voornamelijk is deze ophef overigens te zien bij cliënten die minder uren zorg kregen van de zorgaanbieder, nadat de gemeente koos voor resultaatgericht indiceren, zie over de uitspraken van de bestuursrechter die dat tot gevolg had o.a.: De Koster, *Binnenlands Bestuur* 5 maart 2019.

48. Zie o.a.: Tonkens, *NRC* 12 september 2018.

diensten.<sup>49</sup> Toen bleek dat gemeenten het eerste jaar na de decentralisatie ook nog eens geld overhielden van hun budget voor sociale diensten, was de maatschappelijke verontwaardiging compleet.<sup>50</sup> Daarnaast waren er ook nog de problemen van wachtlijsten<sup>51</sup>, de verdeling van bevoegdheden tussen de zorgverzekeringen en gemeenten<sup>52</sup> en kwamen er steeds meer gevallen van zorgfraude<sup>53</sup> aan het licht. Deze omstandigheden leidden tot ingrijpen van het Rijk, waarover bij gemeenten ophef ontstond.<sup>54</sup> Ook kwam er zoals hiervoor reeds opgemerkt veel kritiek op de vermeende verplichting om een Europese aanbestedingsprocedure te volgen om zorgaanbieders te contracteren; deze zou bijvoorbeeld de continuïteit van zorg in gevaar brengen.<sup>55</sup>

Tegen de achtergrond van de decentralisatie, waarbij gemeenten te maken krijgen met een nieuwe opgave en de stijgende zorgkosten moeten zien te beteugelen én daar bovenop worden geacht een nieuwe manier van denken te implementeren, waarbij een groter beroep wordt gedaan op de zelfredzaamheid van burgers, is deze ophef dan ook beter te begrijpen.<sup>56</sup> Voor een deel zal daarbij sprake zijn van een overgangssituatie, waarin met name de cliënten die gewend waren aan de situatie van voor de decentralisatie moeten wennen aan de nieuwe situatie, en er een aanwas komt van cliënten die de nieuwe situatie als uitgangssituatie beschouwen. Dit bleek bijvoorbeeld ook uit de voorzichtige conclusies van de evaluaties van de decentralisatie in het sociaal domein, vijf jaar later.<sup>57</sup> Daar komt bij dat juist ook bij sociale diensten snel maatschappelijke verontwaardiging ontstaat, nu het cruciale diensten betreft voor kwetsbare personen die niet in het gedrang mogen komen. Daarmee samenhangend wordt het ook wel als maatschappelijk onwenselijk geacht dat zorginstellingen, zoals jeugdzorginstellingen, omvallen. In die zin wordt

- 
49. Zie o.a.: 'Tientallen jeugdzorginstellingen dreigen failliet te gaan', *AD* 21 oktober 2019; 'TSN Thuiszorg officieel failliet verklaard', *de Volkskrant* 16 maart 2016; 'TSN thuiszorg woensdag failliet', *AD* 12 maart 2016; 'Klap na klap in de thuiszorg', *Brabants Dagblad* 15 januari 2015. Deze berichten waren daarbij vaak aanleiding voor Kamervragen en/of debatten, zie o.a.: Kamervragen van 13 november 2019, kenmerk: 1603236-197663-J. Hoewel dit wel in verband wordt gebracht met de (vermeende) aanbestedingsverplichting, heeft dit in feite te maken met de wijze waarop gemeenten sociale diensten inkopen. Daarbij komt dat veel contracten voor sociale diensten zoals hiervoor uiteengezet in feite niet onder een aanbestedingsverplichting vielen.
50. 'Gemeenten houden miljoenen zorggeld over', *NOS.nl*, 5 mei 2016; 'Gemeenten houden naar schatting geld over op zorg', *Nu.nl*, 8 april 2016; 'Meeste gemeenten houden geld over op zorgbudget', *de Volkskrant*, 6 mei 2016; Zie ook: Bekkers, *Binnenlands Bestuur*, 8 april 2016; Bekkers, *Binnenlands Bestuur*, 5 mei 2016.
51. Zie o.a.: 'Wachttijden voor GGZ-instellingen in jeugdzorg te lang', *Nu.nl*, 18 mei 2017; 'Rechters: kinderen in gevaar door wachtlijsten jeugdzorg', *Het Parool*, 25 oktober 2018; 'Wat doen we eraan, aan die veel te lange wachtlijsten in de geestelijke jeugdzorg?', *Brabants Dagblad*, 8 april 2019. 'Grote zorgen over WMO: wachttijden lopen op, aantal aanvragers stijgt fors', *NH Nieuws*, 21 juni 2019.
52. Zie o.a.: 'Gemeenten en zorgverzekeraars om de tafel over problemen rond maaltijd ouderen', 25 september 2018, via: *De Monitor.nl*; 'Van het kastje naar de muur met je dringende zorgvragen!', 13 april 2015 op *Mantelzorgelijk.nl*.
53. Zie bijvoorbeeld het dossier *Zorgcowboys* van Follow the Money, via: <https://www.ftm.nl/dossier/zorg-cowboys>.
54. Zie bijv.: Vriesema, *NRC* 30 december 2015.
55. Zie bijv.: 'Verzet tegen aanbesteden jeugdzorg: "Kinderen schieten er niks mee op"', *NOS.nl*, 6 december 2018; zie ook: De Koster, *Binnenlands Bestuur* 6 december 2018; Ligvoet, *NOS/Nieuwsuur* 29 oktober 2018.
56. Zie in het algemeen bijvoorbeeld ook: Van der Velde, *Sociale Vraagstukken* 31 mei 2019.
57. Zie o.a.: Pommer e.a. 2018; Rapport VNG 2019; Rapport Decentralisatie sociaal domein 2019.

dan ook wel betoogd dat er bij deze diensten geen sprake zou (mogen) zijn van economische diensten dan wel van een (Europese) markt voor deze diensten.<sup>58</sup>

Voorts is vermeldenswaardig dat het toenmalige kabinet in 1983 decentralisatie niet altijd als de beste oplossing wilde aanmerken, maar meer als een noodzakelijke oplossing, als het vaststelt dat dit decentralisatieproces vele jaren zal gaan duren en dat dit 'dan nog niet overal tot opzienbarende resultaten zal leiden'.<sup>59</sup> Zo wordt ook het sociaal domein niet in één keer gedecentraliseerd, maar wordt eerst een gedeelte van het welzijnswerk, in 1987, later ook de Wmo-diensten in 2007, en ten slotte pas in 2015 het gehele palet aan sociale diensten overgedragen aan de gemeenten. Daarbij zijn de resultaten van de decentralisatie in het sociaal domein, kennelijk ook (nog) niet 'opzienbarend' te noemen.

*Op zoek naar innovatieve manieren om sociale diensten te organiseren*

Gedreven door deze maatschappelijke opgave en het realiseren van de doelen achter de decentralisatie, zoeken gemeenten naar innovatieve manieren om sociale diensten goed en efficiënt (binnen budget) te organiseren. Zo zijn er in de praktijk allerlei vormen, door Telgen, Uenk en Lohmann ook wel 'modellen van opdrachtgeverschap' genoemd, ontstaan om de zorg goed te kunnen organiseren, passend bij de betreffende gemeente.<sup>60</sup> Zo kunnen onder meer worden onderscheiden: populatiegebonden bekostiging, het regisseursmodel en het veilingmodel. In de begintijd van de decentralisatie werd daarnaast ook vaak gebruik gemaakt van het AWBZ-model. Daarnaast zijn er ook diverse varianten op dergelijke modellen in omloop. Voor een beschrijving van deze modellen verwijs ik naar de genoemde literatuur daarover. Voor dit onderzoek is namelijk in dat opzicht enkel van belang dat gemeenten om deze opdrachtgeverschapsrelatie vorm te geven en dus de sociale diensten daadwerkelijk te organiseren een rechtsinstrument moeten kiezen om uitvoering te geven aan het gekozen model. Er moet met andere woorden een relatie tot stand worden gebracht tussen de gemeente en de zorgaanbieder(s), die de zorg moet(en) gaan leveren aan de cliënt. De wijze waarop dat kan, is het onderwerp van dit boek. Op dit punt zijn daarbij door de inkoop-technische en bestuurskundige wetenschappen, ook wel in samenwerking met de praktijk, nieuwe inkoopprocedures ontwikkeld. Daarover meer hierna in paragraaf 1.2.2.

### 1.2.2 Veranderende financieringsrol overheid in sociaal domein: van subsidies naar overheidsopdrachten en naar nieuwe (inkoop)procedures

Van belang met het oog op de onduidelijkheid tussen rechtsinstrumenten zijn daarnaast enkele ontwikkelingen die hebben geleid tot de huidige situatie waarin verschillende instrumenten worden gebruikt dan wel met elkaar worden verward,

58. Zie *Kamerstukken II* 2017/18, 34477, nr. 38; zie ook het initiatiefvoorstel en de memorie van toelichting van de leden Ellemet en Van der Staaij tot wijziging van de Aanbestedingswet 2012 in verband met het schrappen van de verplichte aanbesteding binnen het sociaal domein: *Kamerstukken II* 2018/19, 35105, nr. 2 (initiatiefvoorstel), *Kamerstukken II* 2018/19, 35105, nr. 3 (MvT).

59. *Kamerstukken II* 1982/83, 16492, nr. 8 (Decentralisatieplan), p. 8.

60. Zie reeds: Telgen, Uenk & Lohmann, *Lucide* 2014; zie daarnaast: Uenk, *Sociaal Bestek* 2016; Uenk 2019, p. 81 e.v.

en waarin ook – binnen dat instrumentarium – nieuwe procedures zijn ontwikkeld zoals het eerdergenoemde ‘Dialoggericht contracteren’ en het ‘Zeeuws Model’. Opmerking verdient dat deze laatstgenoemde procedures dus als instrumenten worden ingezet om sociale diensten uit te besteden en niet de opdrachtgeverschapsmodellen als hiervoor bedoeld betreffen. Deze ‘nieuwe procedures’ zijn in de praktijk tot ontwikkeling gekomen, al dan niet met behulp van inzichten uit de inkoop-technische en bestuurskundige wetenschappen, en worden hierna als niet-gereguleerde procedures aangeduid, nu het gaat om procedures waarvan de specifieke kenmerken niet zijn omschreven in de wet.

Een eerste ontwikkeling die daarbij opmerking verdient, is de ontwikkeling waarbij de subsidie als wettelijk voorgeschreven instrument in de Welzijnswet,<sup>61</sup> werd vervangen door een keuzevrijheid voor gemeenten om te kiezen voor de subsidie dan wel de overheidsopdracht in de Wmo 2007.<sup>62</sup> Onder de Welzijnswet zijn vanuit dit wettelijke uitgangspunt van het gebruik van de subsidie veel zorginstellingen jarenlang met subsidiegelden gefinancierd.<sup>63</sup> Dit geldt ook voor diensten die werden georganiseerd op basis van andere wetten en die als gevolg van de Wmo 2007 zijn gewijzigd of ingetrokken, zoals de Wet voorzieningen gehandicapten. Toen in 2007 de Wmo werd aangenomen, kregen gemeenten op grond van die wet de vrijheid te kiezen tussen de subsidie of overheidsopdracht. Diverse gemeenten maakten toen de keuze om sociale diensten onder de Wmo te gaan organiseren door middel van een overheidsopdracht.

Daarnaast zijn de ontwikkelingen in de EU-regulering over overheidsopdrachten met betrekking tot sociale diensten van belang. Zoals reeds kort opgemerkt is de verplichting tot het aanbesteden van sociale diensten op basis van de beste prijs/kwaliteitverhouding pas geïntroduceerd met de aanbestedingsrichtlijnen van 2014. Deze verplichting is neergelegd in art. 74 e.v. van Richtlijn 2014/24/EU en in Nederland uitgewerkt in de artikelen 2.38 en 2.39 van de Aanbestedingswet 2012 (Aw 2012). Daarvoor gold voor deze diensten echter een lichter regime: het zogenoemde IIB (Richtlijn 2004/18/EG) en daarvoor IB (Richtlijn 92/50/EEG) regime, vernoemd naar de bijlage bij de richtlijnen waarin deze diensten stonden opgesomd. Voor sociale diensten moest op grond van deze richtlijnen kortgezegd alleen achteraf het resultaat van de gunning bekendgemaakt worden en mochten de technische specificaties geen discriminatoire eisen vormen.<sup>64</sup> Uitgangspunt bij deze diensten vormde namelijk het idee dat deze diensten niet of nauwelijks grensover-

61. Wet van 2 juni 1994, houdende regels met betrekking tot aspecten van het welzijnsbeleid. Voorloper van deze wet was de Welzijnswet van 1987; deze wet kan worden gezien als eerste decentralisatiewet in het sociaal domein. Overigens verschillen de sociale diensten die onder deze wetten vallen duidelijk van die van de Wmo 2007.

62. Wet van 29 juni 2006, houdende nieuwe regels betreffende maatschappelijke ondersteuning (Wet maatschappelijke ondersteuning 2007); zie o.a. *Kamerstukken II* 2004/05, 30131, nr. 3 (MvT bij art. 10).

63. Zie hierover o.a. de annotatie van M. Nijhuis en W. den Ouden, AB 2009/369, bij ABRvS 10 juni 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BI7248; zie ook: ABRvS 9 september 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BJ7186, AB 2010/87 m.nt. W. den Ouden, BA 2009/239.

64. Zie o.a. art. 21 jo. art. 23 en 35 lid 4 Richtlijn 2004/18/EG. Daarbij geldt dat op grond van in dit onderzoek verder te bespreken jurisprudentie van het HvJ EU ook bij deze diensten moest worden bezien of wel sprake was van een zogenoemd ‘duidelijk grensoverschrijdend belang’. In dat geval moest de gunning van deze opdrachten aan verdergaande verplichtingen op grond van de beginselen van non-discriminatie, gelijkheid en transparantie voldoen.

schrijdend belang zouden hebben.<sup>65</sup> Overheidsopdrachten voor sociale diensten waren dan ook lange tijd – gerekend vanaf de eerste decentralisatiewetten – onderworpen aan het zogenoemde IIB-regime, waarbij voor gemeenten veel vrijheid bestond om deze diensten naar eigen inzicht te organiseren. Daarbij zij opgemerkt dat waar deze discretionaire ruimte voor overheden groter is, ook het risico toeneemt dat deze vrijheid wordt misbruikt. Van belang is dat overheden in die zin altijd te maken hebben met de – al dan niet gecodificeerde – algemene beginselen van behoorlijk bestuur (hierna ook: abbb).

Gebruikmakend van deze discretionaire ruimte werden gedurende deze periode in de praktijk al dan niet met behulp van onderzoek uit de inkoop-technische en bestuurskundige wetenschappen, diverse nieuwe (inkoop)procedures ontwikkeld, toegesneden op de speciale aard van sociale diensten, dan wel de specifieke behoeften van de gemeenten of (zorg)aanbieders.<sup>66</sup> Een van de bekendste en in die tijd veel toegepaste procedure is het zogenoemde ‘Bestuurlijk aanbesteden’; een procedure die steeds is doorontwikkeld maar doorgaans elementen van (tussentijdse) overleg of onderhandelingen met zorgaanbieders over de te sluiten overeenkomsten omvat, zoals over de prestaties, te maken afspraken en/of prijzen.<sup>67</sup> Met de komst van de aanbestedingsrichtlijn van 2014, ontstond vervolgens discussie of deze procedure nog zou kunnen worden gebruikt.<sup>68</sup> Immers, een dergelijke procedure met (tussentijdse) onderhandelingen over kernelementen van de overeenkomst staat haaks op de uitgangspunten van het aanbestedingsrecht waarbij onderhandelingen juist zijn ingekaderd in een procedure die beoogt de gelijke behandeling, transparantie en proportionaliteit van alle inschrijvers op een overheidsopdracht te beschermen. In de zorg gaat het dan om de bescherming van zorgaanbieders tegen willekeurig overheidshandelen. Hierover meer in het hoofdstuk 7, waar dit wordt besproken in het kader van de procedure ‘Dialoggericht contracteren’, de (huidige) procedure die lijkt op bestuurlijk aanbesteden.<sup>69</sup>

Met Richtlijn 2014/24/EU vindt de belangrijke ontwikkeling plaats dat sociale diensten onder het volledige regime van de aanbestedingsrichtlijnen worden gebracht, zij het dat daarop specifieke regels van toepassing zijn die rekening houden met het bijzondere karakter van de diensten.<sup>70</sup> Sindsdien geldt ook voor sociale diensten dat de lidstaten zijn overeengekomen dat het ook voor deze diensten – voor opdrachten met een waarde vanaf het drempelbedrag van € 750.000 – belangrijk is dat zij door middel van een selectie op basis van prijs en kwaliteit (of

65. Zie o.a. de considerans bij de Richtlijnen 92/50/EEG en 2004/18/EG, punt 19; zie daarbij ook: HvJ EG 13 november 2007, C-507/03, ECLI:EU:C:2007:676 (*An Post*), r.o. 25.

66. Factoren die in dat opzicht genoemd worden zijn de onzekerheid en complexiteit van deze diensten en hun onvoorspelbaarheid.

67. Tim Robbe introduceerde het ‘bestuurlijk aanbesteden’ in 2009; zie over deze procedure o.a.: Robbe 2011.

68. Zie met name: Van Nouhuys, *TAAN* 2016/1; Robbe 2016 (replik).

69. Zie in het bijzonder par. 7.3.6. Na de arresten van *Falk Pharma* en *Tirkkonen* werd ook wel gesteld dat deze procedure een openhousemodel betrof; uit genoemde arresten blijkt echter duidelijk dat (juist) ook bij het openhousemodel geen onderhandelingen over de kernelementen van de overeenkomst kunnen plaatsvinden; daarover meer in o.a. par. 7.4.2.

70. Zie o.a. art. 76 Richtlijn 2014/24/EU waarin duidelijk is neergelegd dat de procedure voor sociale en andere specifieke diensten de aanbestedende dienst ruimte moet laten rekening te houden met de specifieke kenmerken van de diensten.

alleen kwaliteit) in de markt worden gezet. Daarbij rekening houdend met het bijzondere karakter van de diensten. Het uitgangspunt dat deze diensten waarschijnlijk weinig tot geen rol spelen bij de totstandkoming van de interne markt, is met de richtlijnen van 2014 daarmee duidelijk verdwenen.<sup>71</sup> Wel blijft voor deze diensten een specifieke en lichtere regeling, neergelegd in art. 74-77 Richtlijn 2014/24/EU, gelden dan voor reguliere overheidsopdrachten. Het is daarbij vooral aan de lidstaten gelaten om in een procedure te voorzien die de beginselen van gelijkheid en transparantie waarborgen en tevens rekening houdt met de behoeften die spelen bij sociale en andere specifieke diensten.

De Nederlandse wetgever heeft echter ter implementatie daarvan in de Aanbestedingswet 2012, in de artikelen 2.38 en 2.39, slechts in een summiere regeling voorzien voor het aanbesteden van sociale diensten. Daarom is er in de praktijk nog steeds weinig duidelijkheid over de te volgen procedure. Er zijn dan ook onder invloed van deze ontwikkelingen, weer nieuwe (niet-gereguleerde) procedures ontwikkeld en ook zijn reeds bestaande niet-gereguleerde procedures verder doorontwikkeld.

In de periode vanaf 2016 gaan bij de (door)ontwikkeling van deze procedures ook de reeds genoemde arresten *Falk Pharma* en *Tirkkonen* een rol spelen, waaruit volgt dat voor contracten waarbij geen selectie plaatsvindt tussen geïnteresseerde zorgaanbieders geen aanbestedingsverplichting geldt. Van belang is hier reeds te noemen dat uit deze arresten echter volgt dat bij het gebruik van een niet-gereguleerde procedure die voldoet aan deze karakteristieken, wel het EU-Werkingsverdrag (hierna: VWEU) van toepassing is en dat de procedure daarom moet zijn gebaseerd op voorwaarden voor toetreding die objectief zijn, die van tevoren door de overheid transparant zijn vastgesteld en die gedurende de procedure onveranderd blijven.<sup>72</sup> Op dit moment kunnen daarbij op basis van de Monitor Gemeentelijke Zorginkoop 2020 de volgende procedures worden onderscheiden: Prestatie-inkoop, Dialooggericht contracten, het Zeeuws model en de ‘onderhandelingsprocedure sociaal domein’.<sup>73</sup> Overigens worden deze procedures soms ook wel geschaard onder de zogenoemde SAS-procedure, waarmee wordt bedoeld de procedure als neergelegd in art. 2.38 en 2.39 Aw 2012. Een beschrijving en bespreking van deze procedures volgt in hoofdstuk 7. Hier zij echter reeds opgemerkt dat drie van deze vier procedures, namelijk de procedures Dialooggericht contracten, het Zeeuws model en de ‘onderhandelingsprocedure sociaal domein’, kenmerken kunnen vertonen van een openhousemodel, namelijk als er geen selectie uit geïnteresseerde zorgaanbieders plaatsvindt. Verder vormen onderhandelingen over de voorwaarden van de overeenkomst – tussen de gemeenten en zorgaanbieders gezamenlijk of individueel – een belangrijk onderdeel van de meeste van deze niet-gereguleerde inkoopprocedures. Dit laatste staat, zoals hiervoor reeds kort genoemd, op gespannen voet

71. Overigens wordt in de preambule van Richtlijn 2014/24/EU, punt 114, wel opgemerkt dat zij vanwege hun aard nog steeds een beperkte grensoverschrijdende dimensie hebben.

72. Meer daarover in hoofdstuk 5, in het bijzonder par. 5.4.4 en 5.4.5. Het EU-recht is overigens alleen van toepassing als de procedure een duidelijk grensoverschrijdend belang vertoont; echter ook uit het nationaal recht kunnen dergelijke eisen voortvloeien (par. 5.4.7).

73. Zie voor de procedures die in het sociaal domein zoal in omloop zijn, o.a. Uenk e.a. 2018, p. 19; Uenk, Wind & Telgen 2019, p. 18; Uenk & Wind 2020, p. 19 (Monitor Gemeentelijke Zorginkoop 2018, 2019 en 2020).

met EU-regulering die van toepassing is op zowel procedures die vallen onder het aanbestedingsrecht en de procedures die als een openhousemodel moeten worden aangemerkt. De vraag is dan ook of deze procedures die toets kunnen doorstaan, daarover meer in hoofdstuk 7.

### 1.2.3 Gefragmenteerde en gelaagde regelgeving in een veranderende Europese context

De thematiek van dit onderzoek, de verwarring tussen rechtsinstrumenten en onduidelijkheid over de keuzes die daartoe kunnen worden gemaakt, bevindt zich daarnaast in een context van een gefragmenteerd juridisch kader. Mogelijk is de gefragmenteerde regelgeving zelfs een van de oorzaken achter deze verwarring.

De organisatie van sociale diensten in de lidstaten speelt zich af op een snijvlak tussen nationale soevereiniteit bij het inrichten van het sociale zekerheidsstelsel en EU-bevoegdheden om een interne markt zonder binnengrenzen tot stand te brengen. Lidstaten van de EU hebben namelijk allereerst een ruime vrijheid om te bepalen wat voor niveau aan sociale diensten – in kwantiteit dan wel kwaliteit – aan de burgers wordt verstrekt en – in beginsel – op welke wijze zij dat willen organiseren. Er zijn dan ook lidstaten met een breed aanbod aan sociale diensten, en lidstaten die een minder rijk aanbod aan voorzieningen kennen. Daarnaast organiseert de ene lidstaat deze diensten op het centrale, en andere op het decentrale niveau, worden de voorzieningen in sommige lidstaten door de overheid zelf uitgevoerd en laten andere lidstaten deze diensten uitvoeren door gecontracteerde zorgaanbieders, en/of door vrijwilligers, kerkelijke of liefdadigheidsinstellingen, dan wel met behulp van (buitenlandse) fondsen. Op dit punt bestaan dan ook van oudsher grote verschillen tussen de EU-lidstaten; verschillen die op EU-niveau worden gerespecteerd en behoren tot de vrijheid en culturele diversiteit van de lidstaten op sociaal terrein.<sup>74</sup> Deze ruimte is in Nederland bijvoorbeeld benut om sociale diensten op decentraal niveau te organiseren en verplichtingen in de betreffende wetten, de Jeugdwet, Wmo 2015 en de Participatiewet op te nemen, op basis waarvan gemeenten in een passend niveau – kwalitatief en kwantitatief – aan sociale diensten voor hun inwoners moeten voorzien. Ook keuzes om in het kader van een participatiesamenleving meer in te zetten op preventie of op de eigen kracht van cliënten en hun netwerk, vallen onder deze vrijheid.

De vrijheid van de lidstaten op dit terrein is echter niet onbeperkt. Als het gaat om de keuze aan de hand van welke instrumenten zij sociale diensten organiseren, kunnen belangrijke EU-verplichtingen een rol gaan spelen, namelijk op het moment dat deze instrumenten de doelstellingen van de Europese interne markt raken. Deze internemarkt doelstellingen die van oudsher gericht zijn op het realiseren van economische voordelen voor alle EU-lidstaten en -burgers om zodoende het overkoepelende doel uit art. 3 EU-Verdrag (hierna: VEU) de vrede, de waarden van de Unie en het welzijn van de lidstaten te bevorderen, zijn daarbij op basis van een veranderende visie op de toekomst van Europa de laatste jaren duidelijk meerom-

74. Zie o.a. hierover: *Gids Europese Commissie*, SWD(2013) 53 final/2, zie bijv. in het kader van de organisatie van diensten van algemeen economisch belang (DAEB), Q&A no. 5.

vattend geworden. Als wat kan worden gezien als een reactie op de globale en Europese uitdagingen, zoals klimaatverandering, bankencrises, werkloosheids- en armoedebestrijding, de migratieproblematiek, maar ook een snel ontwikkelende wereld waarin Europa een sterke concurrentiepositie wenst te hebben en te houden, staat deze interne markt nu ook ten dienste aan de ontwikkeling van een sociaal, inclusief, duurzaam en innovatief Europa.<sup>75</sup> Daarbij kan worden gesteld dat de meest recente crisis, de COVID-19-crisis, Europa verder heeft aangezet tot het heroverwegen van de verhouding tussen de interne marktregulering en de kernwaarden als neergelegd in art 3 VEU.<sup>76</sup>

Van belang voor het organiseren van sociale diensten is dan dat als uitvloeisel van deze internemarkt doelstellingen, taken die in de lidstaten door de overheid worden georganiseerd – als het gaat om de wijze waarop dat plaatsvindt – geen belemmering mogen vormen voor het vrij verkeer in en tussen de lidstaten. Zo geldt dat het gebruik van vergunningen en vergunningstelsels geen ongerechtvaardigde belemmering van het vrij verkeer mogen vormen, dat opdrachten die als overheidsopdrachten in de zin van de aanbestedingsrichtlijnen moeten worden aangemerkt door middel van een Europese aanbestedingsprocedure in de markt dienen te worden gezet om het gelijke speelveld voor alle (potentieel) geïnteresseerde inschrijvers uit de lidstaten in deze opdracht te waarborgen, en dat subsidies verenigbaar moeten zijn met de interne markt, dat wil kortgezegd zeggen dat geen verboden staatssteun in de zin van art. 107 VWEU mag worden toegekend die het handelsverkeer op ongunstige wijze beïnvloedt. Voor sociale diensten geldt evenwel dat de uit de interne markt voortvloeiende regels in veel gevallen uitzonderingen kennen om lidstaten de bovenbedoelde ruimte te bieden om te kiezen hoe deze diensten te organiseren binnen de eigen culturele context en toegespitst op de speciale behoeften van die lidstaat. Daarvan is de bijzondere regeling voor sociale diensten in de aanbestedingsrichtlijn een goed voorbeeld.<sup>77</sup>

Vanwege deze verdeling van EU- en nationale bevoegdheden hebben gemeenten in Nederland bij het organiseren van sociale diensten te maken met een gelaagd en gefragmenteerd juridisch kader van zowel Europese als nationale regelgeving, en van primaire, secundaire en ook tertiaire EU-regelgeving.<sup>78</sup> Allereerst hebben gemeenten namelijk te maken met nationale wet- en regelgeving die de sociale diensten zelf betreffen, met name: de Wmo 2015, de Jeugdwet en de Participatiewet. Daarnaast hebben zij bij de keuze voor een instrument om deze diensten te organiseren, te maken met wet- en regelgeving die deze juridische instrumenten betreffen. In dit onderzoek wordt daarbij uitgegaan van de volgende instrumenten: de overheidsopdracht, concessie, vergunning, subsidie en het openhousemodel. Ten aanzien van deze instrumenten is het palet aan regelgeving nog meer divers. Zowel

75. Zie over de veranderingen op EU-Verdragsniveau o.a. ook Manunza, TA 2010, p. 85; Manunza 2016, p. 285.

76. Zie bijv.: COM(2020) 408 final; COM(2020) 409 final.

77. Zie o.a. art. 76 Richtlijn 2014/24/EU waarin duidelijk is neergelegd dat de procedure voor sociale en andere specifieke diensten de aanbestedende dienst ruimte moeten laten rekening te houden met de specifieke kenmerken van de diensten.

78. Zie over deze bronnen van EU-recht en hun hiërarchie o.a.: Eijsbouts e.a. 2015, p. 58 e.v. Zie specifiek voor het aanbestedingsrecht o.a.: Bleeker & Manunza 2014, p. 742 e.v.



primair Europees recht, de EU-Verdragen<sup>79</sup>, de fundamentele EU-rechtsbeginselen<sup>80</sup> en het Handvest van de Grondrechten van de EU (hierna: Handvest) kunnen van toepassing zijn, alsook secundair EU-recht, waarbij het in dit onderzoek dan met name gaat om richtlijnen, maar ook verordeningen en besluiten kunnen een rol spelen. Daarnaast is ook nationale regelgeving van zowel civielrechtelijke als bestuursrechtelijke aard van toepassing. Over de onderlinge hiërarchie tussen deze rechtsbronnen meer in paragraaf 1.4.

Meer specifiek zijn in dit kader van belang de bronnen van primair EU-recht: de algemene EU-doelstellingen neergelegd in art. 3 VEU, de bepalingen over verdeling van bevoegdheden van de EU, in bijzonder met betrekking tot (sociale) diensten van algemeen economisch belang (art. 4 en 5 VEU en art. 4 en 14 VWEU) en de bepalingen van regionaal en lokaal zelfbestuur, zoals neergelegd in art. 4 VEU. Ook protocol 26 bij het VWEU, betreffende diensten van algemeen belang, moet in dit opzicht worden genoemd. Daarnaast zijn van belang de bepalingen rondom de totstandkoming van de interne markt: zijn doelstelling neergelegd in art. 26 VWEU, de bepalingen van het vrij verkeer, met name het vrij verkeer van vestiging van art. 49 VWEU en het vrij verkeer van diensten van art. 56 VWEU en daarnaast het staatssteunverbod van art. 107 VWEU. Daarnaast zijn de algemene rechtsbeginselen van het EU-recht van belang, zoals het gelijkheids-, transparantie- en evenredigheids- (hierna ook: proportionaliteitsbeginsel) en het rechtszekerheidsbeginsel, deels gecodificeerd door middel van art. 6 VEU. Verder moeten in dit kader worden genoemd het coherentie en consistentiebeginsel, die een belangrijke plaats in de EU-Verdragen innemen, in het bijzonder in art. 13 VEU en 7 VWEU en verder ook in art. 11 lid 3, en 21 lid 3 VEU. Deze beginselen waarborgen in het bijzonder dat het gehele optreden van de Unie, en ook het juridische kader waarbinnen zij opereert, een coherent, samenhangend en consistent geheel vormt.<sup>81</sup>

Als het gaat om secundair EU-recht zijn met name de aanbestedingsrichtlijnen 2014/24/EU en 2014/23/EU van belang. Mogelijk moet ook rekening worden gehouden met toepasselijkheid van de Dienstenrichtlijn 2006/123/EG.<sup>82</sup> Daarnaast worden de drempelbedragen voor toepasselijkheid van het aanbestedingsrecht tweejaarlijks door de Europese Commissie vastgesteld in een Verordening.<sup>83</sup> Ook wat betreft (de uitwerking van) het staatssteunverbod zijn EU-verordeningen en besluiten relevant.<sup>84</sup>

79. Het huidige Verdrag is het Verdrag van Lissabon van 2009, bestaande uit het Verdrag van de Europese Unie (VEU) en het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU). Ook het Handvest van de Grondrechten van de EU kan daaronder worden geschaard.

80. Zie over de status van de niet-gecodificeerde algemene rechtsbeginselen van de EU: Eijsbouts e.a. 2015, p. 65-66.

81. Zie hierover ook in: Manunza e.a. 2021, p. 13-15.

82. Richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende diensten op de interne markt, *PbEU L 376*

83. Voor de periode januari 2022-31 december 2023 gelden bijvoorbeeld Verordening 2021/1952 en Verordening 2021/1957.

84. Bijv.: de DAEB-de-minimisverordening en het DAEB-vrijstellingsbesluit, zie: Verordening, 360/2012 van de Commissie van 25 april 2012 betreffende de toepassing van de artikelen 107 en 108 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op de-minimissteun verleend aan diensten van algemeen economisch belang verrichtende ondernemingen; Besluit van de Commissie van 20 december 2011 betreffende de toepassing van artikel 106, lid 2, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op staatssteun in de vorm van compensatie voor de openbare dienst, verleend aan bepaalde met het beheer van diensten van algemeen economisch belang belaste ondernemingen, 2012/21/EU.

Ten slotte is er ook tertiair EU-recht, ook wel aangeduid als ‘soft law’, waarmee rekening moet worden gehouden.<sup>85</sup> Op het terrein van sociale diensten (van algemeen (economisch) belang) heeft de Europese Commissie door de jaren heen bijvoorbeeld een omvangrijk pakket aan beleidsdocumenten gepubliceerd, onder meer om het belang van een goede organisatie van deze diensten te onderstrepen en de toepasbaarheid van EU-regulering voor deze diensten uit te leggen.<sup>86</sup>

Naar nationaal recht kan met name de Aanbestedingswet 2012 (Aw 2012), de Gids Proportionaliteit,<sup>87</sup> de Algemene wet bestuursrecht (Awb) en/of het Burgerlijk Wetboek (BW) van toepassing zijn op de verschillende rechtsinstrumenten. Daarnaast is ook de Wet bevordering integriteitsbeoordelingen door het openbaar bestuur (hierna: Wet Bibob) van belang, die in dit onderzoek meermaals naar voren zal komen in het kader van het tegengaan van zorgfraude bij het gebruik van de verschillende rechtsinstrumenten.<sup>88</sup> De Wet Bibob is een (preventief) bestuurlijk instrument om overheden te ondersteunen bij het voorkomen van het door hen ongewild faciliteren van criminele activiteiten. Bij het afgeven van beschikkingen (bijvoorbeeld in het kader van een subsidie of een vergunning) of het gunnen van overheidsopdrachten, kan de overheid op basis van deze wet zelf onderzoek doen of onderzoek laten doen door het Landelijk Bureau Bibob naar de mate van gevaar van misbruik van bijvoorbeeld de vergunning, de subsidie of de overheidsopdracht.<sup>89</sup> Als er op basis van dit onderzoek blijkt dat er ernstig gevaar dreigt dat de subsidie of vergunning voor verkeerde doeleinden zal worden gebruikt, dan kan de vergunning of subsidie worden geweigerd. Wat betreft de overheidsopdracht kan dit tot uitsluiting leiden. Voor uitsluiting van een overheidsopdracht geldt echter wel een belangrijke beperking. Het Bibob-instrumentarium kan namelijk een minder vergaand effect hebben bij overheidsopdrachten omdat een inschrijver alleen van een overheidsopdracht kan worden uitgesloten als er sprake is van een van de uitsluitingsgronden die uitputtend in de Aanbestedingswet zijn opgesomd (art. 2.86 en 2.87 Aw 2012) en die niet altijd overeenkomen met de delicten die in het licht van een Bibob-onderzoek naar voren kunnen komen.

Daarbij is van belang alvast op te merken dat de overheids- en de concessieopdracht op Europees niveau zijn gecoördineerd door middel van EU-richtlijnen. Hoewel deze instrumenten zijn geïmplementeerd in nationale regelgeving, de Aw 2012, moet dan ook met het Europeesrechtelijke juridisch kader rekening worden gehouden. De vergunning en de subsidie kennen als instrument daarentegen niet een dergelijke veelomvattende regeling op EU-niveau, maar zijn voornamelijk geregeld in het nationale recht; hoewel op die laatste instrumenten ook belangrijke EU-regulering van toepassing kan zijn. Zo geldt ook voor de subsidie en de vergunning

85. Eijsbouts e.a. 2015, p. 68; zie in de context van het aanbestedingsrecht: Bleeker & Manunza 2014, p. 774-776.

86. Zie o.a.: COM(2006) 177 def.; SEC(2010) 1545 final; SWD(2013) 53 final/2.

87. De Gids Proportionaliteit was eerst bedoeld als handreiking, maar heeft de status van wet gekregen en speelt een belangrijke rol in Nederland bij het realiseren van proportionele aanbestedingen. Voor elke fase van de aanbestedingsprocedure is in deze Gids door middel van voorschriften en voorbeelden duidelijk gemaakt hoe aan het proportionaliteitsbeginsel moet worden voldaan.

88. Wet bevordering integriteitsbeoordelingen door het openbaar bestuur, *Stb.* 2002, 347 (laatste wijziging: *Stb.* 2020, 278).

89. Op grond van art. 3 lid 1 Wet Bibob gaat het om misbruik door a) uit gepleegde strafbare feiten verkregen of te verkrijgen, op geld waardeerbare voordelen te benutten, of b) om daarmee strafbare feiten te plegen.

dat zij in hun toepassing kunnen raken aan EU-bepalingen, namelijk aan het Europese staatsteunverbod dan wel de vrijverkeersbepalingen. Op grond daarvan mogen eisen, denk aan taal- of kwaliteitseisen, gesteld aan zorgaanbieders binnen een vergunningstelsel, geen ongerechtvaardigde beperking van het vrij verkeer opleveren en mogen subsidies voor het uitvoeren van sociale diensten geen verboden staatssteun opleveren. Van belang is hier bovendien dat ook sprake is van beïnvloeding van het nationale (bestuurs- en privaatrecht) door de Europese beginselen van non-discriminatie, gelijke behandeling en transparantie. Dit is bijvoorbeeld duidelijke terug te zien in de ontwikkelingen rondom de verdeling van schaarse subsidies en vergunningen, dat wil zeggen: subsidies en vergunningen waarvoor er meer gegadigden zijn dan te vergeven rechten, de zogenoemde ‘schaarse besluiten’.<sup>90</sup>

In het licht van deze gelaagde en gefragmenteerde juridische structuur kan de verwarring over de scheidslijnen tussen rechtsinstrumenten dan ook beter worden geplaatst. Zo zijn de verschillende keuzemogelijkheden van de instrumenten niet direct zichtbaar als ze zich in verschillende regelgeving – Europees of nationaal, privaatrechtelijk of bestuursrechtelijk – bevinden. Daarbij kan het risico ontstaan dat een instrument nationaal wordt ingezet zonder dat het Europeesrechtelijke kader daarop wordt betrokken. Zo kan een subsidie in de zin van art. 4:21 Awb worden verleend, terwijl de financiële steun in werkelijkheid een overheidsopdracht vormt in de zin van de EU-aanbestedingsrichtlijnen. Of wordt een instrument bestempeld als een overheidsopdracht, terwijl sprake is van een openhousemodel. Deze fragmentatie maakt daarnaast de vraag onder welk juridisch kader een openhousemodel moet vallen complex: er is immers een contract, wat in Nederland wordt beheerst door het civiele recht, maar het stelsel zelf lijkt op een vergunningstelsel, wat wordt beheerst door het bestuursrecht. Ook over de vraag welke rechter zich over een kwestie moet buigen kan verwarring ontstaan. Bij welke rechter, de bestuurs- of civiele rechter, moet een zorgaanbieder bijvoorbeeld klagen als door de gemeente gebruik is gemaakt van een subsidie terwijl de uitbesteding (ook) moet worden gekwalificeerd als een overheidsopdracht? Is dat de bestuursrechter omdat de gemeente stelt dat het een subsidie is, of is dat de civiele rechter omdat het mogelijk een overheidsopdracht is? Deze vraag speelt temeer bij het openhousemodel, als daarbij sprake is van een contract in combinatie met een open toetredingssysteem vergelijkbaar met een vergunningstelsel.

#### 1.2.4 Actoren bij het organiseren sociale diensten: een dienstentriade

Ten slotte speelt de problematiek aan de orde gesteld in dit boek juist een rol bij het organiseren van sociale diensten, en meer specifiek bij het uitbesteden daarvan. Er ontstaat bij het uitbesteden van sociale diensten namelijk een driehoeksverhouding: er is een organisator dan wel koper van sociale diensten (de gemeente), een leverancier die de diensten levert (de zorgaanbieder) en er zijn eindgebruikers voor

90. Zie meer in par. 4.6. Zie ook: ABRvS 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2927 (Speelautomatenhal Vlaardingen), AB 2016/426, m.nt. C.J. Wolswinkel; zie hierbij ook de conclusie van A-G Widdershoven 25 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:142; zie verder: ABRvS 12 april 2017, ECLI:NL:RVS:2017:994, AB 2017/300, m.nt. J.C. Wolswinkel; ABRvS 11 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2310, AB 2018/406, m.nt. J.E. van den Brink (1) en m.nt. A. Drahmman (2). Zie verder ook: Drahmman 2015.

wie de gemeente deze diensten organiseert en aan wie de zorgaanbieder moet leveren (de zorgvragers of cliënten). Daarbij is sprake van wederkerige relaties als de gemeente zowel in verhouding staat tot de cliënten als tot de zorgaanbieder(s), de cliënt zowel in verhouding staat tot de gemeente als tot de zorgaanbieder, en de zorgaanbieder op zijn beurt in verhouding staat tot de gemeente en de cliënt. In de economische/bestuurkundige wetenschappen wordt dit ook wel een 'dienstentriade' (of *service triad*) genoemd.<sup>91</sup> Over de effecten en problemen die binnen deze dienstentriade kunnen ontstaan, bijvoorbeeld met betrekking tot het kwaliteitsmanagement, is de laatste jaren in de economische/bestuurkundige literatuur veel gepubliceerd.<sup>92</sup> Die laat ik hier verder buiten beschouwing.

Van belang voor onderhavig onderzoek is dat in deze driehoeksverhouding gemeenten meerdere instrumenten ter beschikking hebben om deze diensten te organiseren. In deze dienstentriade organiseert de gemeente de diensten namelijk niet in de eerste plaats voor zichzelf maar voor derden, de cliënten. In een dergelijke driehoeksverhouding ontstaat ruimte te kiezen voor instrumenten als de overheidsopdracht, concessie, vergunning, subsidie en het openhousemodel. Van een dergelijke dienstentriade is overigens niet alleen sprake bij sociale diensten; dit is bijvoorbeeld ook het geval bij andersoortige diensten zoals cateringdiensten, gerechtsdeurwaardersdiensten, tolkdiensten, of bepaalde adviesdiensten die door overheden of andere publiekrechtelijke instellingen worden georganiseerd. Ook bij de levering van producten kan een dienstentriade bestaan, zoals bij het inkopen door overheden van laptops of mobiele telefoons voor medewerkers of, zoals blijkt uit het hiervoor reeds genoemde arrest *Falk Pharma*, in bepaalde situaties voor de inkoop van medicijnen door een aanbestedende dienst voor apothekers/patiënten.

Om te kunnen kiezen voor het instrument van het openhousemodel is daarbij echter nog wel van belang dat het praktisch uitvoerbaar moet zijn om (potentieel) veel aanbieders te contracteren. Dit laatste element is bijvoorbeeld bij het hierboven genoemde voorbeeld van cateringdiensten in beginsel afwezig. Het is immers niet logisch dan wel praktisch onmogelijk om alle medewerkers van een gemeente voor verschillende cateraars te laten kiezen en dus ook niet om meer cateraars voor een opdracht te contracteren. In het sociaal domein kan dat wel praktisch uitvoerbaar zijn, aangezien het (bij veel van deze diensten) gaat om een behoorlijke groep cliënten die vervolgens voor een van de gecontracteerde zorgaanbieders kan kiezen. Gezien de aanwezigheid van deze twee elementen, het bestaan van een dienstentriade in combinatie met de praktische uitvoerbaarheid van meerdere contractpartijen, heeft een gemeente in het sociaal domein dan ook de keuze uit de verschillende instrumenten: de overheidsopdracht, concessie, subsidie, vergunning of het openhousemodel. In deze context kan dan ook eerder verwarring optreden tussen de verschillende te kiezen rechtsinstrumenten en de scheidslijnen daartussen, eenvoudigweg omdat er meer te kiezen valt. Daarover meer in dit onderzoek.

91. Li & Choi, *Journal of Supply Chain Management* 2009; Uenk 2019, p. 28, 181 e.v.

92. O.a. Li & Choi, *Journal of Supply Chain Management* 2009; Van der Valk & Van Iwaarden, *Journal of Purchasing and Supply Management* 2011; Zhang, Lawrence & Anderson, *Journal of Operations Management* 2015; zie daarover: Uenk 2019, p. 181 die de theorie van de dienstentriade heeft toegepast op het uitbesteden van sociale diensten.

### 1.3 PROBLEEMSTELLING EN AFBAKENING VAN HET ONDERZOEK

Tegen de achtergrond van de hiervoor geschetste problematiek is dit onderzoek gericht op het wegnemen van de onduidelijkheid die bestaat over de keuze uit rechtsinstrumenten en vooral de scheidslijnen tussen deze instrumenten, om sociale diensten in Nederland te (laten) organiseren. Daarnaast wordt ook onderzocht welke voor- en/of nadelen de verschillende instrumenten kunnen hebben met het oog op het streven naar een ‘goede (organisatie van) zorg’ te midden van de hiervoor besproken ontwikkelingen rondom de decentralisatie in het sociaal domein. Over wat onder een goede organisatie van zorg kan worden verstaan, meer in paragraaf 1.4.2.

Het onderzoek wordt daarbij afgebakend naar de instrumenten om sociale diensten aan marktpartijen uit te besteden.<sup>93</sup> De keuzemogelijkheid voor inbesteden, en dus om sociale diensten in eigen beheer uit te voeren, wordt in dit boek buiten beschouwing gelaten. Deze keuze is gemaakt omdat de verwarring over rechtsinstrumenten in het sociaal domein zich op dit moment met name manifesteert bij de instrumenten om diensten door (private) derden uit te laten voeren. Dit heeft onder meer te maken met het feit dat gemeenten in Nederland vooralsnog niet vaak gebruik maken van de mogelijkheid om deze taken in het sociaal domein zelf uit te voeren.<sup>94</sup> In sommige andere landen waarin deze taken ook zijn gedecentraliseerd, gebeurt dit overigens wel.<sup>95</sup> Ook is over de keuze tussen inbesteden versus uitbesteden reeds uitgebreid onderzoek verricht.<sup>96</sup>

De overheidsopdracht, als rechtsinstrument, staat vervolgens in dit onderzoek centraal en zal ook als uitgangspunt worden genomen bij het onderscheiden tussen andere instrumenten om sociale diensten door derden, hierna aangeduid als de zorgaanbieders, te laten uitvoeren. Het gaat om de overheidsopdracht zoals gedefinieerd in artikel 2 lid 1 (5) van Richtlijn 2014/24/EU:

*‘schriftelijke overeenkomst(...) 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’.*<sup>97</sup>

Zoals bleek uit de beschrijving van de problematiek in paragraaf 1.1 van dit hoofdstuk bevindt de overheidsopdracht zich in het centrum van de verwarring:

93. Deze marktpartijen kunnen overigens privaats of publiek zijn; voor de toepassing van de aanbestedingsregels is dit niet relevant. Enkel als sprake is van inbesteden dan gelden die regels niet.

94. Zie o.a.: Uenk, Wind & Telgen 2019, p. 27-28. Toch wint deze optie wel aan populariteit, zie o.a.: De Koster, *Binnenlands Bestuur* 27 februari 2020; De Koster, *Binnenlands Bestuur* 16 september 2020; zie verder: ‘Inbesteding welzijn terug “op tafel”’, SP Veenendaal, 13 april 2019, zie: op <https://veenendaal.sp.nl/> (laatst gezien: 25 september 2020).

95. Bijvoorbeeld huishoudelijke hulp in Finland, zie Uenk 2019, p. 10.

96. Deze keuze vormt een belangrijk onderzoeksthema binnen het onderzoekscentrum UUCePP van de Universiteit Utrecht. Voor een diepgaande analyse van deze keuzemogelijkheid in het algemeen zie o.a.: Janssen 2018; toegepast op sociale diensten (van algemeen belang) zie o.a.: Manunza & Berends 2013, p. 347.

97. Geïmplementeerd in art. 1.1 Aw 2012.

er is met name onduidelijkheid over het onderscheid tussen de overheidsopdracht en de subsidie/vergunning, en tussen de overheidsopdracht en het openhousemodel. Wat betreft de concessie, deze wordt in het sociaal domein in het geheel niet – dat wil zeggen niet bewust, maar mogelijk wel onbewust – gebruikt maar ook dit rechtsinstrument moet op juiste wijze van de overheidsopdracht worden onderscheiden.<sup>98</sup> Overigens moet de concessie daarnaast ook van de vergunning, de subsidie en het openhousemodel worden onderscheiden. Het openhousemodel – waarbij in feite een stelsel wordt gecreëerd dat lijkt op een vergunningstelsel, maar waarbinnen ook overeenkomsten worden gesloten – vormt daarbij een vreemde eend in de bijt, aangezien in Nederland nog geen duidelijkheid bestaat over de aard van dit instrument en over het juridisch kader waaronder het valt. In dit onderzoek wordt dan ook bezien welke positie dit instrument in het recht inneemt dan wel zou moeten innemen.

Dat de overheidsopdracht zich steeds in het centrum van de verwarring bevindt, is terug te voeren op de wijze waarop deze instrumenten onderling met elkaar dienen te worden vergeleken. Het juridisch kader waarin de verschillende instrumenten zijn ingebed, kent namelijk een bepaalde hiërarchie. Over deze hiërarchie, die zijn oorsprong vindt in een aantal belangrijke juridische uitgangspunten en fundamentele beginselen in paragraaf 1.4 meer, als de methodologie van het onderzoek wordt besproken.

Verder wordt dit onderzoek afgebakend naar Nederland en naar gemeenten. Het zijn in Nederland namelijk de gemeenten die voorzien in de sociale diensten als bedoeld in dit onderzoek. Daarom wordt bijvoorbeeld aan het vraagstuk wie onder aanbestedende dienst in de zin van de aanbestedingsrichtlijnen moet worden verstaan, niet uitgebreid aandacht besteed. Gemeenten vallen namelijk altijd onder de definitie van het begrip aanbestedende dienst.<sup>99</sup> Wanneer de situatie in andere lidstaten van de EU wordt onderzocht, kan dit echter wel van belang zijn, bijvoorbeeld als (publieke) instanties niet zijnde de staat, regionale of lokale overheidsorganisaties, zijn aangewezen om de organisatie van sociale diensten op zich te nemen. Ook onder de oude situatie voor de decentralisatie was dit relevanter, toen de zorgkantoren verantwoordelijk waren voor de organisatie van sociale diensten.

Daarbij moet nog worden opgemerkt dat de laatste jaren ook diverse andere instrumenten zijn bedacht dan wel toegepast om publieke middelen in te zetten voor het bereiken van publieke doelen, zoals de zogenoemde ‘revolverende fondsen’, maar ook publieke prijsvragen, *matchfunding*, sponsoring, *social impact bonds* en bewonersbudgetten.<sup>100</sup> Deze instrumenten zullen in dit boek verder niet worden besproken. Van belang is echter dat ook voor deze instrumenten geldt dat moet worden getoetst of zij in feite onder het bestaande wettelijk instrumentarium vallen en bijvoorbeeld zijn aan te merken als een overheidsopdracht in de zin van de aanbestedingsrichtlijnen of een subsidie in de zin van de Awb.<sup>101</sup>

98. Dit instrument wordt bijvoorbeeld in de Monitor gemeentelijke zorginkoop van 2019 niet onderscheiden, zie: Uenk, Wind & Telgen 2019.

99. Zie art. 1.1 Aw 2012. Over de reikwijdte van dit begrip en het begrip publiekrechtelijke instelling, zie bijv. Manunza, *European Law Review* 2003.

100. Zie o.a. Van den Brink 2018; Van den Brink & Den Ouden, *NJB* 2016/2000; *Zicht op revolverende fondsen van het Rijk* 2019.

101. Vgl. Van den Brink & Den Ouden, *NJB* 2016/2000, p. 2888.

De vraag die ten slotte nog gesteld kan worden is of sommige rechtsinstrumenten ook tegelijkertijd ingezet kunnen worden, zoals een overheidsopdracht of concessie gecombineerd met een subsidie, bijvoorbeeld voor het vergoeden van een opdrachtnemer voor het leveren aan onrendabele regio's of van onrendabele zorg. In dit kader is van belang dat de instrumenten strikt van elkaar moeten worden onderscheiden: ofwel er is sprake van een overheidsopdracht of concessieopdracht ofwel van een subsidie. De totale geldverstrekking in het kader van een overheids- of concessieopdracht behoort namelijk tot die overheids- of concessieopdracht. Aan de hand van die totale omvang moet ook de waarde van de opdracht worden bepaald voor toepasselijkheid van de aanbestedingsregels. Een aanvullende 'subsidie' hoort in dat opzicht bij de betaling in het kader van die overheids- of concessieopdracht. Het tussentijds geven van subsidies kan daarbij op gespannen voet staan met het verbod op een wezenlijke wijziging bij een overheidsopdracht. Met het oog op het naleven van de juiste regels moet dan ook ofwel sprake zijn van een overheids- of concessieopdracht dan wel een subsidie of ander instrument. Het strikt onderscheiden tussen deze instrumenten zal zodoende ook verwarring tussen instrumenten en de regels die daarop van toepassing zijn, tegengaan. Daarbij zij aangetekend dat deze geldverstrekking, ongeacht of het een overheids- of concessieopdracht betreft dan wel een subsidie, wel moet worden getoetst aan het verbod op staatssteun.<sup>102</sup>

Dit alles neemt niet weg dat een zorgaanbieder voor *onderscheiden* activiteiten, naast een overheidsopdracht, een subsidie kan verkrijgen. Een zorgaanbieder kan bijvoorbeeld door middel van een aanbestedingsprocedure een overheidsopdracht gegund krijgen voor jeugdhulp met verblijf en tegelijkertijd aanspraak maken op een (afzonderlijke) subsidie voor het organiseren van jongerenactiviteiten, op grond van een subsidieregeling van de gemeente.

Daarnaast omvat dit onderzoek ook de vraag welke voor- en/of nadelen de keuze voor het ene dan wel het andere instrument kan hebben op de goede (organisatie van) zorg. Het gaat immers uiteindelijk om de cliënt die goede zorg dient te ontvangen. Aan de hand van deze voor- en nadelen zal met het oog op dat doel, door gemeenten vervolgens doelmatig kunnen worden gekozen voor een van de instrumenten.<sup>103</sup> Aangezien de vraag wat heeft te gelden als 'goede' zorg in de praktijk verschillend kan worden beantwoord, worden in dit onderzoek een aantal aspecten gekozen die in het sociaal domein in het kader van goede zorg van belang worden geacht. Daarover meer in paragraaf 1.4.2.

---

102. Zie hierover meer in o.a.: Arrowsmith 2014; Schoenmaekers, Devroe & Philipsen 2014; Sánchez-Graells 2021.

103. Hier past de opmerking dat in Nederland algemeen wordt aanvaard dat aanbestedingen twee componenten moeten omvatten: rechtmatigheid én doelmatigheid, zie meer hierover bijv. in: Jansen, *TA* 2018, p. 27-35. In dit onderzoek worden deze beide componenten in die zin meegenomen, dat allereerst wordt gezien hoe de instrumenten juridisch van elkaar moeten worden onderscheiden (rechtmatigheid) en vervolgens een analyse wordt verricht met betrekking tot de voor- en nadelen van de instrumenten aan de hand waarvan door gemeenten een doelmatige keuze uit verschillende instrumenten kan worden gemaakt.

### Onderzoeksvraag

De onderzoeksvraag die in dit onderzoek zal worden beantwoord, kan dan ook als volgt worden geformuleerd:

*‘Op welke wijze dient het rechtsinstrument de overheidsopdracht te worden onderscheiden van de rechtsinstrumenten de subsidie, vergunning, het openhousemodel en de concessie, zodat bij het organiseren van sociale diensten door gemeenten een rechtmatig gebruik van deze instrumenten wordt verzekerd en welke voor- en/of nadelen heeft de keuze voor het ene dan wel het andere instrument met het oog op een goede organisatie van zorg?’*

Aangezien gemeenten in Nederland doorgaans contracten wensen te sluiten met zorgaanbieders, ligt het zwaartepunt van de hoofdstukken bij die instrumenten waarmee contracten kunnen worden gesloten met zorgaanbieders: de overheidsopdracht, het openhousemodel en de concessie(opdracht).

## 1.4 ONDERZOEKSMETHODIEK

Dit onderzoek betreft in de eerste plaats kwalitatief onderzoek. Voor de beantwoording van de onderzoeksvraag wordt onderzoek gedaan naar Europese en nationale wet-, regelgeving en jurisprudentie en wordt literatuuronderzoek verricht. Daarnaast maakt dit onderzoek deel uit van een breder (interdisciplinair) onderzoek dat binnen onderzoekscentrum *Utrecht Centre for Public Procurement (UUCePP)* van de Universiteit Utrecht is uitgevoerd.<sup>104</sup> Dit onderzoek is dan ook (mede) tot stand gekomen in nauwe samenwerking en in continue dialoog met een interdisciplinair team van zowel juristen als collega’s uit de bestuurskundige en inkoop-technische wetenschap. Met name is dit onderzoek daarbij gevoed door belangrijke inzichten uit onderzoeken vanuit de bestuurskundige en inkoop-technische wetenschappen naar *‘the commissioning of social care services’*.<sup>105</sup> Deze onderzoeken bevatten onder meer grootschalig kwantitatief onderzoek naar de wijze waarop gemeenten sociale diensten organiseren. In dit boek zijn deze empirische gegevens uit de praktijk betrokken en bezien in het licht van het juridisch kader dat van toepassing is op de rechtsinstrumenten voor het uitbesteden van sociale diensten.

In dit onderzoek gaat het in de eerste plaats om het in kaart brengen van de scheidslijnen tussen de overheidsopdracht en andere rechtsinstrumenten, om de verwarring tussen die instrumenten weg te nemen. In de tweede plaats wordt ook bezien, gezien die scheidslijnen, wat de voor- en/of nadelen zijn van een keuze voor een van die rechtsinstrumenten met het oog op een goede organisatie van sociale diensten. In dat kader valt de onderzoeksmethode die wordt gehanteerd bij

104. Dit centrum – dat in 2020 is opgericht – werd voorafgegaan door het interuniversitaire samenwerkingsverband *Public Procurement Research Centre (PPRC)* dat in 2013 werd opgericht. Zie o.a.: Manunza 2010<sup>b</sup>; Manunza & Berends 2013; Manunza, Lohmann & Bouwman 2015; Janssen 2018; Uenk 2019. Zie ook de website van UUCePP met de kernthema’s van het onderzoekscentrum en publicaties andere onderzoekers, via: <https://www.uu.nl/onderzoek/centre-for-public-procurement-uucepp> (laatst gezien: 22 april 2022).

105. Uenk 2019. Ook is veelvuldig gebruik gemaakt van de onderzoeken van Uenk, Wind & Telgen naar de wijze waarop gemeenten sociale diensten organiseren, zie o.a.: Uenk e.a. 2018; Uenk, Wind & Telgen 2019.



de beantwoording van bovenstaande onderzoeksvraag meer specifiek uiteen in een juridisch-intern normatief kader en een juridisch-extern normatief kader.

Wat betreft het in kaart brengen van de scheidslijnen tussen de rechtsinstrumenten wordt een juridisch-intern normatief kader gehanteerd. Bij de vraag hoe de overheidsopdracht van de andere instrumenten moet worden onderscheiden zal de wet- en regelgeving (en jurisprudentie) van verschillende aard en niveau – Europees dan wel nationaal – die op de instrumenten van toepassing is, leidend zijn. Ook zijn in dat verband, naast de wet- en regelgeving en jurisprudentie, enkele belangrijke beginselen en uitgangspunten van het recht van belang die van invloed kunnen zijn op de onderlinge hiërarchie van de verschillende rechtsinstrumenten. Wat betreft de voor- en/of nadelen van de instrumenten met het oog op een ‘goede organisatie van zorg’, wordt een juridisch-extern normatief kader gehanteerd. Met het oog op de geïdentificeerde scheidslijnen wordt bezien welke gevolgen de keuze voor een van de instrumenten heeft op enkele aspecten die de goede organisatie van zorg kunnen betreffen. Deze onderzoeksmethoden ter beantwoording van de onderzoeksvraag worden hieronder verder uitgewerkt.

#### 1.4.1 Juridisch-intern normatief kader bij onderscheiden tussen rechtsinstrumenten

Het juridische toetsingskader om het eerste deel van de onderzoeksvraag te beantwoorden, betreft hoofdzakelijk een toets aan de huidige stand van het recht (het positieve recht); het betreft dus voornamelijk descriptief onderzoek. Op bepaalde momenten zal het juridisch kader ook worden getoetst en zullen in een voorkomend geval voorstellen voor betere regulering worden gedaan.

##### 1.4.1.1 *Toetsingskader descriptief onderzoek: EU-definitie overheidsopdracht als uitgangspunt bij het onderscheiden tussen instrumenten*

Als het gaat om het onderscheiden van de overheidsopdracht van de andere rechtsinstrumenten, is allereerst van belang dat de verschillende instrumenten, meer of minder uitgewerkt zijn in het recht. Voor de instrumenten geldt namelijk dat hun reikwijdte, verschijningsvorm en gebruiks- dan wel toekenningswijze in meerdere of mindere mate door regels wordt bepaald. In die zin hebben de verschillende instrumenten alle een eigen onderscheiden (juridisch) normatieve betekenis, en is daarop verschillende wet- en regelgeving van verschillende aard en niveau – Europees dan wel nationaal – van toepassing; dit is reeds kort beschreven in paragraaf 1.2.3. Dit laatste geldt ook voor het openhousemodel. Hoewel voor dit instrument op dit moment in Nederland nog niet duidelijk is neergelegd welk juridisch kader daarop van toepassing is, zijn ook op dit instrument regels van toepassing.

In dit onderzoek wordt echter de definitie en reikwijdte van de EU-overheidsopdracht, zoals neergelegd in Richtlijn 2014/24/EU en zoals uitgelegd door het HvJ EU, als uitgangspunt genomen om de andere instrumenten daarvan te onderscheiden. Onderzocht zal worden welke de scheidslijnen zijn die voortvloeien uit deze definitie, zodat kan worden bepaald van welk instrument in een concreet geval sprake is. Met betrekking tot het onderscheid met de concessie, zal tevens worden

gekeken naar de EU-definitie van de concessieopdracht, neergelegd in Richtlijn 2014/23/EU.

Vooral is hierbij de jurisprudentie van het HvJ EU van belang, omdat het in een groot aantal arresten de definitie van de overheidsopdracht heeft uitgelegd en verduidelijkt. In dit onderzoek zal deze jurisprudentie van het HvJ EU diepgaand worden geanalyseerd, om te onderzoeken wat de precieze scheidslijnen zijn, zodat die in de praktijk kunnen worden gehanteerd om een keuze uit instrumenten te kunnen maken. Aangezien deze analyse in dit onderzoek zal worden toegepast op sociale diensten, zal meer specifiek ook worden bezien op grond waarvan deze scheidslijnen gelden voor het uitbesteden van sociale diensten door gemeenten in Nederland.

Hieronder zal ik kort ingaan op enkele uitgangspunten en beginselen die bij de toetsing, naast de definitie van de overheidsopdracht uit de aanbestedingsrichtlijn, van belang zijn: het beginsel van voorrang van Unierecht, de juridische hiërarchie van EU-rechtsbronnen en de fundamentele beginselen van non-discriminatie, gelijke behandeling, transparantie, proportionaliteit en objectiviteit, die bij alle instrumenten in meerdere dan wel in mindere mate een rol spelen. Ten slotte besteed ik aandacht aan het beginsel van effectieve rechtsbescherming, omdat in dit onderzoek ook van belang is dat bij het gebruik van de instrumenten voldoende rechtsbescherming bestaat; juist als deze instrumenten – waarvan sommige in Nederland zijn ingebed in het privaatrecht (overheidsopdracht en concessieopdracht) en sommige behoren tot het publiekrecht (subsidie en vergunning) – worden verward, kunnen er vragen ontstaan over de bevoegde rechter om in een geschil te oordelen.

#### *Beginsel van voorrang van Unierecht*

Dat de overheidsopdracht als uitgangspunt wordt genomen en hoe ik op grond daarvan de andere instrumenten onderscheid, berust met name op het ‘beginsel van voorrang van Unierecht’.<sup>106</sup> Om de scheidslijnen tussen de instrumenten te identificeren is van belang dat het Europees recht als van hogere juridische rangorde, voorrang heeft op nationaal recht.<sup>107</sup> Door sluiting van de EEG en EG-verdragen, en nu de EU-Verdragen, hebben lidstaten namelijk hun soevereiniteit voor een deel overgedragen aan de EU en is dan ook een nieuwe autonome rechtsorde ontstaan. Het Unierecht omvat dan ook eigen doelstellingen met een eigen begripkader die op autonome wijze dienen te worden uitgelegd.

Van belang voor dit onderzoek is dat de overheidsopdracht – in 1971 – en de concessieopdracht – in 2014 – op EU-niveau zijn gecoördineerd.<sup>108</sup> Voor deze rechtsinstrumenten is op EU-niveau in een juridisch kader voorzien. Door middel van Europese aanbestedingsrichtlijnen, in het bijzonder Richtlijn 2014/24/EU (klassieke overheidsopdrachten) en Richtlijn 2014/23/EU (concessieovereenkomsten), die een uitvloeisel zijn van de vrije verkeersbepalingen uit het EU-Werkingsverdrag,

106. Zie over dit beginsel: Eijsbouts e.a. 2015, p. 14 en 284; Barnard & Peers 2017, p. 151 e.v.

107. HvJ EG 15 juli 1964, zaak 6/64, ECLI:EU:C:1964:34 (*Costa/ENEL*).

108. Hier zij alvast opgemerkt dat de concessieopdracht dus veel later op EU-niveau is gereguleerd met Richtlijn 2014/23/EU. Dit instrument werd namelijk lang te pluriform geacht voor een uniforme regeling. In deze concessierichtlijn is na jaren dan ook de vele jurisprudentie van het HvJ EU over de toepasselijkheid van de fundamentele beginselen en (vrijverkeers)bepalingen van het Verdrag op de gunning van concessies, gecodificeerd en uitgekristalliseerd. Zie meer hierover in par. 6.2.

is in regelgeving voorzien om aan het vrij verkeer van overheidsopdrachten in de Europese Unie verdere uitwerking te geven. Om deze EU-regelgeving te effectueren, de doelen daarvan te kunnen bereiken, moeten dan ook alle activiteiten die als overheids- dan wel concessieopdrachten in de zin van de aanbestedingsrichtlijnen worden aangemerkt, voldoen aan de aanbestedingsregelgeving.<sup>109</sup> Op grond daarvan moet ook elke subsidie of vergunning die in werkelijkheid een overheidsopdracht is in de zin van Richtlijn 2014/24/EU of concessie in de zin van Richtlijn 2014/23/EU, voldoen aan deze EU-regelgeving. Op deze wijze kunnen de doelstellingen van dat EU-kader dat er voor deze instrumenten bestaat, worden bereikt. Worden deze instrumenten echter verkeerd ingezet, een overheidsopdracht wordt gelabeld als een subsidie, dan is er een groot risico op ontduiking van EU-recht. Daarbij geldt zoals reeds eerder opgemerkt dat de overheidsopdracht als uitgangspunt wordt genomen in plaats van de concessieopdracht omdat bij het organiseren van sociale diensten steeds verwarring ontstaat tussen de overheidsopdracht en andere rechtsinstrumenten.

#### *Juridische hiërarchie van EU-rechtsbronnen*

Van belang is tevens dat het EU-rechtskader een eigen juridische hiërarchie kent, aangezien er een onderscheid bestaat in – van hoog naar laag – primair, secundair en tertiair Unierecht.<sup>110</sup> Dit is van belang omdat de aanbestedingsrichtlijnen die in dit onderzoek centraal staan, als secundair recht voortvloeien uit het primaire recht; de aanbestedingsrichtlijnen staan dus ten dienste aan het primaire recht en moeten in lijn daarmee worden uitgelegd.

Bovenaan in de juridische rangorde geldt het primaire EU-recht, dat het constitutionele kader vormt voor alle activiteiten van de EU. Onder het primair Unierecht vallen de oprichtingsverdragen van de EU en de verdragen waarbij de oprichtingsverdragen zijn aangevuld en/of gewijzigd, zoals het huidige Verdrag van Lissabon, hierna ook aangeduid als VEU en VWEU.<sup>111</sup> Ook het Handvest van de grondrechten van de EU valt onder het primaire EU-recht. Als het gaat om de status van de grondrechten in de EU, dan is voorts van belang dat in het huidige artikel 6 VEU is neergelegd dat het Handvest dezelfde juridische waarde heeft als de verdragen. Daarnaast zijn de algemene rechtsbeginselen, ‘zoals zij voortvloeien uit de constitutionele tradities die de lidstaten gemeen hebben’, met dit artikel in het verdrag erkend. Met deze bepaling is in feite de oude rechtspraak van het HvJ EU gecodificeerd, waarin het rechtsbeginselen uit de constitutionele tradities van de lidstaten heeft toegepast.<sup>112</sup>

Na het primaire recht volgt het secundair recht in de Europese normenhiërarchie. Het secundair recht, ook wel afgeleid recht, van de EU, bestaat uit wetgeving en andere bindende rechtshandelingen die aan het primaire recht van de EU verdere

109. In dit onderzoek kijk ik dus niet naar de effectiviteit van het (EU-)recht in het algemeen, zie daarover bijv.: Allot, *Valparaiso University Law Review* 1981; Accetto & Zleptnig, *European Public Law* 2005, p. 401, maar naar de juridische uitgangspunten op basis waarvan het recht de juiste toepassing verkrijgt.

110. Zo geldt deze juridische hiërarchie ook in het aanbestedingsrecht, zie o.a.: Bleeker & Manunza 2014, p. 745.

111. Het huidige verdrag van Lissabon van 2009 kent een Verdrag van de EU (VEU) en een Verdrag betreffende de werking van de EU (VWEU).

112. Zie Eijsbouts e.a. 2015, p. 59.

uitwerking geven.<sup>113</sup> Het kan dan gaan om verordeningen, besluiten en richtlijnen. Zoals gezegd valt ook de aanbestedingsrichtlijn hieronder.

Als laatste volgt het tertiair recht van de EU. Daaronder wordt het geheel van niet-bindende regels, zoals resoluties, richtsnoeren, mededelingen, gedragscodes, conclusies, aanbevelingen, beleidsdoelstellingen en actieprogramma's verstaan. Er wordt dan ook wel gesproken van 'soft law'.<sup>114</sup> Deze beleidsdocumenten, van de Europese Commissie, zijn ondergeschikt aan het primaire en secundaire EU-recht, en mogen dan ook niet in strijd zijn met regels van dat hogere EU-recht. Daarbij dient te worden opgemerkt dat, hoewel deze beleidsinstrumenten juridisch niet bindend zijn, zij wel degelijk (indirecte) juridische effecten kunnen teweegbrengen en erop zijn gericht in de praktijk effect te hebben.<sup>115</sup> In dit onderzoek zullen diverse bronnen van *soft law* worden besproken, met name mededelingen van de Europese Commissie, die verduidelijking geven over de toepasselijke regels of de mogelijkheden binnen die regels.

Ten slotte kan nog de vraag worden gesteld of de uitspraken van het HvJ EU als een zelfstandige bron van Europees recht moeten worden beschouwd. Hoewel het HvJ EU in beginsel het recht slechts interpreteert en toepast en geen rechtsregels creëert, kan op basis van zijn jurisprudentie worden gesteld dat het Hof, overigens vergelijkbaar met de nationale rechter, wel degelijk regelmatig voorziet in 'nieuw' recht als het bepalingen van EU-recht in een concreet geval moet uitleggen.<sup>116</sup> Ook heeft de bestaande jurisprudentie van het HvJ EU een belangrijke precedentwerking in volgende rechtszaken. In dit onderzoek zal met het oog op het onderscheiden tussen rechtsinstrumenten de jurisprudentie van het HvJ EU een belangrijke rol spelen, met name wat betreft de reikwijdte van de definitie van de overheidsopdracht uit art. 2 lid 1, sub 5 Richtlijn 2014/24/EU.

#### *Non-discriminatie, gelijkheids-, transparantie- en proportionaliteitsbeginsel en objectiviteit*

De instrumenten die het voorwerp van bespreking zijn in dit boek, functioneren alle binnen een eigen juridisch kader, waarmee door de wetgever bepaalde doelen worden beoogd. Binnen die juridische kaders zijn ook de betrokken belangen afgewogen. In dat verband spelen de algemene rechtsbeginselen van Europees recht, die in belangrijke mate ook gelden op grond van het Nederlandse recht, bij alle instrumenten in meer of mindere mate een belangrijke rol. Deze algemene rechtsbeginselen en uitgangspunten normeren namelijk het handelen van overheden bij de uitoefening van hun bevoegdheden en dus ook bij het gebruik van de instrumenten. Bij de toepassing van de instrumenten moeten overheden dan ook onder meer rekening houden met de Europese beginselen van non-discriminatie, gelijkheid, transparantie en proportionaliteit, dan wel met hun nationale equivalent. Daarnaast speelt ook objectiviteit als basisprincipe een belangrijke rol.

Centraal uitgangspunt is dat deze Europese rechtsbeginselen het fundament vormen onder het EU-aanbestedingsrecht. Dit zal uitgebreider worden besproken in paragraaf 3.2. Hier is in dat verband van belang dat het aanbestedingsrecht onderdeel

113. Zie ook Eijsbouts e.a. 2015, p. 60.

114. Zie uitgebreid over soft law en de betekenis ervan: Senden 2004; zie ook o.a.: Prechal & Widdershoven 2017, p. 10.

115. Eijsbouts e.a. 2015, p. 68.

116. Zie hierover Eijsbouts e.a. 2015, p. 66.

uitmaakt van de EU-interne marktregels, en de aanbestedingsrichtlijnen een uitvloeisel zijn van de vrijverkeersbepalingen. Daarbij geldt dat deze interne marktregels ook niet op zichzelf staan, maar een middel zijn om hogere EU-doelen te realiseren, namelijk: de vrede, haar waarden en het welzijn van haar volkeren te bevorderen (art. 3 lid 1 VEU). Omdat een interne markt voor overheidsopdrachten zonder nadere regulering niet tot stand bleek te komen – overheidsopdrachten werden veelal rechtstreeks en zonder enige vorm van transparantie (nationaal) gegund – werd in de jaren zeventig van de vorige eeuw een verdere uitwerking van deze vrijverkeersbepalingen specifiek voor de gunning van overheidsopdrachten noodzakelijk geacht.

Door het toepassen van de aanbestedingsregels wordt dan ook een *level playing field* gecreëerd voor alle (potentiële) inschrijvers op een overheidsopdracht. De aanbestedingsrichtlijnen beogen op die wijze discriminerend gedrag van overheden tegen te gaan. Daarom moeten de beginselen van non-discriminatie, gelijke behandeling, transparantie en proportionaliteit in elke fase van de aanbesteding, van marktconsultatie tot gunning, in acht worden genomen. Op deze wijze worden zorgaanbieders uit de gehele EU die geïnteresseerd zijn in de opdracht, door deze regulering beschermd tegen ongelijke behandeling, niet-integer en disproportioneel handelen en wordt erin voorzien dat elke inschrijvende zorgaanbieder een gelijke kans heeft bij het verkrijgen van een overheidsopdracht voor sociale diensten. Deze juridische beginselen dienen dan ook altijd te worden toegepast op het moment dat sprake is van het gunnen van een overheids- of concessieopdracht in de zin van Richtlijn 2014/24/EU en 2014/23/EU. Op deze wijze kan dan ook een Europese interne markt tot stand komen waarmee uiteindelijk de hogere doelen van de EU – het bevorderen van de vrede, haar waarden en het welzijn van de burgers van de Unie – worden gediend.

Vergelijkbare beginselen kunnen ook een rol spelen bij de verschillende andere instrumenten die besproken worden in dit onderzoek. Zo moeten op grond van het EU-recht vergunningstelsels in de lidstaten die een grensoverschrijdend effect hebben, non-discriminatoire en objectief zijn en voldoen aan het evenredigheidsbeginsel. Daarnaast kunnen deze of vergelijkbare beginselen ook van toepassing zijn op grond van het nationale recht, zoals de algemene beginselen van behoorlijk bestuur (abb).<sup>117</sup> Zo geldt ook bij de toekenning van subsidies het (nationale) gelijkheids- en evenredigheidsbeginsel.<sup>118</sup> Daarbij is ook sprake van Europese beïnvloeding van deze beginselen in het nationale bestuursrecht.<sup>119</sup> Zoals hiervoor in paragraaf 1.2.3 reeds is opgemerkt speelt die beïnvloeding vooral een belangrijke rol bij de verdeling van schaarse subsidies en vergunningen. Evenwel is de werking van deze beginselen bij deze instrumenten anders en verplicht bijvoorbeeld niet tot een aanbestedingsprocedure.

117. Deze beginselen kunnen ook van toepassing zijn bij privaatrechtelijk handelen van overheden op grond van art. 3:1 lid 2 Awb en zie de privaatrechtelijke variant in art. 3:14 BW.

118. Zie bijvoorbeeld in: ABRvS 11 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2310, AB 2018/406, m.nt. J.E. van den Brink (1) en m.nt. A. Drahmman (2).

119. Zie daarover bijv.: Prechal & Widdershoven 2017.

In dit opzicht mag overigens niet onvermeld blijven dat ook sprake is van Europese beïnvloeding van het nationale privaatrecht.<sup>120</sup> Zo kunnen de aanbestedingsbeginselen van gelijke behandeling, transparantie en proportionaliteit in het nationale privaatrecht doorwerken via de maatstaven van redelijkheid en billijkheid uit het BW. Daarnaast zijn overheden in hun privaatrechtelijk handelen via art. 3:14 BW gebonden aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur zoals het gelijkheidsbeginsel. Van belang is bijvoorbeeld dat de Hoge Raad in dat kader heeft geoordeeld dat op grond van dit gelijkheidsbeginsel — dat in die context strekt tot het bieden van gelijke kansen — een overheidslichaam dat een onroerende zaak wil verkopen, gelegenheid moet bieden aan (potentiële) gegadigden om mee te dingen.<sup>121</sup> In deze zaak ging het om gronduitgifte. Een overheidslichaam moet daarbij objectieve criteria opstellen die toetsbaar en redelijk zijn om de koper te selecteren. Ook moet een passende mate van openbaarheid worden verzekerd om zodoende de gelijke kansen te realiseren.<sup>122</sup> Duidelijk is hierin de doorwerking van het Europese aanbestedingsrecht terug te zien op de verkoop van onroerende zaken door overheden.

Wat ten slotte de inzet van de instrumenten overheidsopdracht, concessie, vergunning, subsidie en ook het openhousemodel bij het organiseren van (sociale) diensten met elkaar gemeen hebben, is dat er een overheid (dan wel publiekrechtelijke instelling) is, die een recht van economische waarde verschaft aan één of meerdere natuurlijke of rechtspersonen al dan niet met uitsluiting van anderen: een erkenning of toestemming om de diensten uit te voeren (bij een vergunning), dan wel financiering voor een activiteit (subsidie), dan wel een opdracht met bijhorende betaling (overheidsopdracht, concessie, openhousemodel).

De hiervoor genoemde beginselen kunnen dan een rol spelen in de verhouding van aanvrager of inschrijver en de overheid, maar in het geval van schaarste van de te vergeven rechten ook ten opzichte van een aanvrager of inschrijver en eventuele andere geïnteresseerden. In het kader van het onderscheiden tussen rechtsinstrumenten is het dan ook van belang hoe deze beginselen uitwerken bij de toepassing van de verschillende instrumenten, en of en waarom dit per rechtsinstrument verschillend is. Daarbij is tevens van belang dat coherentie en consistentie bestaat tussen EU-regels en tussen EU en nationale regulering.

#### *Beginsel van effectieve rechtsbescherming*

Ten slotte het beginsel van effectieve rechtsbescherming.<sup>123</sup> Dit beginsel, dat is neergelegd in artikel 47 van het Handvest van de Grondrechten van de EU, omvat het recht op een doeltreffende voorziening in rechte en op een onpartijdig gerecht. In dit onderzoek is in dat opzicht vooral van belang dat zorgaanbieders bij een

120. Zie bijv.: Bleeker & Manunza 2014, p. 742. Manunza, Meershoek & Senden 2020, p. 45. Deze beïnvloeding speelt bijvoorbeeld een rol bij verkoop door de overheid (i) en bij aanbestedingsprocedures georganiseerd door private partijen (ii). Zie met name (verkoop): HR 26 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1778; zie ook bijv.: Rb. Noord-Nederland 27 januari 2021, ECLI:NL:RBNNE:2021:190; zie met name (private aanbestedingen): HR 4 april 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF2830 (*RZG/ComforMed*) en HR 3 mei 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ2900 (*KLM/CCC*).

121. HR 26 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1778, r.o. 3.1.4. De regel geldt indien er meerdere gegadigden zijn voor de aankoop van de desbetreffende onroerende zaak of redelijkerwijs te verwachten is dat er meerdere gegadigden zullen zijn. Manunza pleitte hier al in 2001 voor (Manunza 2001, p. 235). En zie ook in Manunza 2010, p. 98 e.v. en Manunza 2022, p. 129-138.

122. HR 26 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1778, r.o. 3.1.5.

123. Zie hierover uitgebreid: Ortlep & Widdershoven 2017, p. 327.

rechter terecht moeten kunnen om te klagen over de toepassing van de rechtsinstrumenten door overheden. Verder geldt ook dat er voor cliënten toegang moet bestaan tot een rechter om op te komen voor hun rechten op (goede) zorg die zij op grond van de Jeugdwet of Wmo 2015 moeten ontvangen; dit laatste valt echter buiten het bestek van dit boek. Daarbij zij opgemerkt dat voor het aanbestedingsrecht ook is voorzien in een EU-rechtsbeschermingsrichtlijn waarin de procedurele rechten en plichten worden geregeld.<sup>124</sup> Daarmee is voor geschillen over het EU-aanbestedingsrecht dus afgeweken van het uitgangspunt van de procedurele autonomie van lidstaten. In feite vormt deze richtlijn een concretisering van het beginsel van effectieve rechtsbescherming.

#### 1.4.1.2 *Interpretatiemethoden: ‘effet utile’, EU-conforme interpretatie, effectiviteitsbeginsel, ‘living constitution’ en rechterlijke interpretatiemethoden*

In dit onderzoek wordt uitgegaan van een aantal interpretatiemethoden die worden ingezet bij het beantwoorden van de probleemstelling van dit onderzoek. Hieronder volgt een korte beschrijving van de belangrijkste concepten.

##### *Effet utile of nuttig effect-regel*

De nuttig effect-regel is door het HvJ EU in zijn rechtspraak ontwikkeld op basis van het beginsel van loyale samenwerking of Unietrouw. In het arrest *INNO* oordeelde het HvJ EU op basis van het beginsel van loyale samenwerking dat de lidstaten geen maatregelen mogen nemen of handhaven die aan een Europese bepaling haar nuttig effect kan ontnemen.<sup>125</sup> Het beginsel van loyale samenwerking is neergelegd in artikel 4 lid 3 VEU en houdt krachtens dit artikel in dat de Unie en de lidstaten elkaar respecteren en steunen bij de vervulling van de taken die uit de Verdragen voortvloeien. Dit beginsel wordt overigens door het HvJ EU voornamelijk als grondslag gebruikt in gevallen waarin verplichtingen van lidstaten niet heel precies in regelgeving zijn neergelegd.<sup>126</sup> Het leerstuk van het nuttig effect houdt dan ook in dat wanneer een regel van Europees recht voor verschillende uitleg vatbaar is, voorrang moet worden gegeven aan de interpretatie die het beste bijdraagt aan een effectieve toepassing van EU-recht.<sup>127</sup> Dit leerstuk van het nuttig effect, dat door het HvJ EU wordt gehanteerd om EU-recht te interpreteren, speelt in dit onderzoek een belangrijke rol bij de interpretatie en de reikwijdte van het begrip overheidsopdracht zoals neergelegd in de aanbestedingsrichtlijn. Aan de hand van de nadere invulling die het HvJ EU – mede met het oog op het nuttig effect – aan dit begrip heeft gegeven, kunnen namelijk de andere instrumenten van de overheidsopdracht worden onderscheiden.

124. Richtlijn 2007/66/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2007 tot wijziging van de Richtlijnen 89/665/EEG en 92/13/EEG van de Raad met betrekking tot de verhoging van de doeltreffendheid van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten, *PbEG* L335/31; zie hierover: Manunza, *BR* 2004, p. 949.

125. HvJ EG 16 november 1977, zaak 13/77, ECLI:EU:C:1977:185 (*INNO*), r.o. 30-31. De term zelf werd overigens ook al gebezigd in: HvJ EG 4 december 1974, C-41/74, ECLI:EU:C:1974:133 (*Van Duyn/Home Office*), r.o. 12. Van den Brink 2012, p. 118; Eijsbouts e.a. 2015, p. 203.

126. Zie Eijsbouts e.a. 2015, p. 24.

127. Van den Brink 2012, p. 118; Seyr 2008. Zie o.a.: HvJ EG 4 oktober 2001, C-403/99, ECLI:EU:C:2001:507 (*Italië/Commissie*), r.o. 28; HvJ EG 24 februari 2000, C-434/97, ECLI:EU:C:2000:98 (*Commissie/Frankrijk*), r.o. 21 en HvJ EG 28 maart 1996, C-129/94, ECLI:EU:C:1996:143 (*Ruiz Bernáldez*), r.o. 19.

*EU-conforme interpretatie*

Een ander leerstuk dat in dit verband kort genoemd kan worden, is het leerstuk van EU-conforme interpretatie, dat inhoudt dat de nationale uitvoeringsorganen en de nationale rechter een EU-conforme interpretatie, dus een interpretatie in lijn met het EU-recht, moeten toepassen bij de uitleg van nationaal recht.<sup>128</sup> Dit leerstuk wordt wel gebruikt om spanningen tussen het nationale en Europese recht te kunnen oplossen.<sup>129</sup> Op grond hiervan kan bijvoorbeeld gelden dat de interpretatie van het subsidiebegrip uit de Nederlandse Awb moet aansluiten bij het EU-recht, en daarmee ook in lijn moet zijn met de interpretatie van het Europese begrip overheidsopdracht uit de aanbestedingsrichtlijnen.

*Effectiviteitsbeginsel*

Het Europese effectiviteitsbeginsel, ook wel doeltreffendheidsbeginsel houdt vervolgens in dat het nationale recht de doeltreffendheid van het Europese recht niet in gevaar mag brengen.<sup>130</sup> Nationale procedureregels mogen op grond daarvan de effectuering van Europees recht niet onmogelijk of uiterst moeilijk maken.<sup>131</sup> Op basis van deze uitgangspunten en beginselen geldt dus dat het EU-recht geïnterpreteerd moet worden in lijn met de doelstellingen, waarbij rekening moet worden gehouden met het nuttig effect van deze doelstellingen.

*'Living constitution'-theorie en 'law in context' bij interpretatie EU-recht*

In dit onderzoek wordt daarnaast bij de interpretatie van EU-recht aangesloten bij de theorie van de *'living constitution'*. Deze theorie vindt haar oorsprong in de Verenigde Staten en houdt in dat naast de geschreven formele Grondwet ook acht moet worden geslagen op de ongeschreven constitutie en de ruimte die er is om de door de tijd heen veranderende sociale, politieke en historische realiteiten in aanmerking te kunnen nemen; realiteiten dus die nog niet aan de orde waren ten tijde van het opstellen van die Grondwet.<sup>132</sup> Deze *'living constitution'*-theorie wordt in dit onderzoek toegepast op de Europese rechtsorde en de daaraan ten grondslag liggende EU-Verdragen.<sup>133</sup> Ook de EU-verdragen vormen immers geen statisch geheel, maar hebben een dynamisch en 'levend' karakter: zij bieden ruimte om rekening te houden met de door de tijd heen veranderde sociale, politieke en historische realiteiten die de opstellers van de Europese Verdragen niet voor ogen hadden.<sup>134</sup> Met het oog op deze theorie worden in dit onderzoek de internemarktregels dan ook niet als opzichzelfstaand besproken, maar als onderdeel van het gehele Unierechtelijke Verdragssysteem beschouwd en in dat licht geïnterpreteerd. Ook worden de belangrijke wijzingen die op dat niveau plaatsvinden meegenomen bij het inter-

128. Zie meer hierover o.a. in: Van den Brink 2012, p. 101 e.v.; Widdershoven 2012, p. 213.

129. Widdershoven e.a. 2007, p. 15; Van den Brink 2012, p. 102.

130. Barnard & Peers 2017, p. 169; Prechal 2017.

131. HvJ EG 16 december 1967, zaak 33/76, ECLI:EU:C:1976:188 (*Rewe*); verder uitgewerkt in o.a.: HvJ EG 19 september 2002, C-336/00, ECLI:EU:C:2002:509 (*Huber*), r.o. 55.

132. D. Curtin, *Executive Power of the European Union: Law, Practices, and the Living Constitution*, Oxford University Press 2009. Zie hierover: Manunza, Meershoek & Senden 2020, p. 17; Manunza e.a. 2021, p. 14.

133. Deze theorie wordt als zodanig ook toegepast in andere onderzoeken, zie: Manunza, Meershoek & Senden 2020, p. 17; Manunza e.a. 2021, p. 14.

134. Manunza e.a. 2021, p. 14.



preteren van de internemarktregels. Alleen op die wijze wordt recht gedaan aan de invloed van belangrijke ontwikkelingen op Unieniveau op die regels en wordt het recht in de (huidige) context en realiteit geplaatst.

Een belangrijke ontwikkeling die in dit kader van belang is, ook voor dit onderzoek, betreft de verschuiving van de Europese interne markt doelstelling van een voornamelijk economisch gedreven doelstelling naar het tot stand komen van een sociale markteconomie. Ingegeven door belangrijke ontwikkelingen op EU- maar ook wereldniveau, is onder de noemer van deze Europese sociale markteconomie duidelijk meer ruimte ontstaan voor het meenemen van belangrijke duurzaamheids- en maatschappelijke overwegingen, bijvoorbeeld bij het gunnen van overheidsopdrachten. Te denken valt aan het stellen van eisen die beogen het milieu te beschermen en het hele productieproces van aan de overheid te leveren producten betreffen of de gunning van een overheidsopdracht mede te laten afhangen van duurzaamheidseisen, zoals bijvoorbeeld de mate waarin een inschrijver CO<sub>2</sub> uitstoot. Ook biedt de sociale markteconomie meer ruimte voor overwegingen rondom solidariteit of voor maatregelen die de sociale cohesie bevorderen. Onder de sociale markteconomie kan dan ook ruimte worden gevonden voor (nationale) belangen die de goede organisatie van zorg betreffen.

Daarbij vindt op EU-niveau een ontwikkeling plaats waarbij het steeds meer verplicht wordt om bij aanbesteden met dergelijke (duurzaamheids)aspecten rekening te houden.<sup>135</sup>

Daarbij is in dit onderzoek ook van belang de toegenomen aandacht op EU-niveau voor de belangrijke rol die onder meer vrijwilligersorganisaties, burgerinitiatieven of sociale ondernemingen, entiteiten die ook veelvuldig activiteiten ontplooiën in het sociaal domein, vervullen bij het bereiken van de doelstellingen van de EU. Bij de interpretatie van EU-recht, met name de interne marktregels en daaruit voortvloeiende regelgeving, zal in dit onderzoek ook met deze ontwikkelingen rekening moeten worden gehouden. Hiervoor is reeds het een en ander vermeld ten aanzien van de grote uitdagingen rondom vergrijzing van de bevolking en het beteugelen van de stijgende zorgkosten, uitdagingen die ook op EU-niveau spelen; ook dit zijn realiteiten die bij de interpretatie van EU-recht moeten worden meegenomen.

Verder zal in dit onderzoek onder meer worden gezien hoe sociale diensten in de verschillende lidstaten overeenkomstig hun verscheiden cultuur en traditie (verschillend) worden georganiseerd. Deze situatie en de ontwikkelingen die op dit terrein plaatsvinden, kunnen van invloed zijn op (de interpretatie) van EU-regels, bijvoorbeeld de (mate van) toepasselijkheid van de aanbestedingsregels op sociale diensten. In dat licht zal ook aandacht worden besteed aan het EU-concept (sociale) diensten van algemeen (economisch) belang. Daarnaast zal de historische en culturele context waardoor de organisatie van sociale diensten in Nederland is gevormd, nader worden beschouwd. Deze context zal een rol (kunnen) spelen bij de wijze

---

135. Zie meer in par. 3.2.2. Zie bijv.: COM (2019) 640 final; en zie hierover: Wiesbrock, *Legal Issues of Economic Integration* 2013; Andrecka & Peterkova, *Nordic Journal of Commercial Law* 2017, p. 56-89; Janssen, *TAAAN* 2020/1, p. 19-30. Janssen & Van Wijk-Van Gilst, *TBR* 2021/13. Ook reeds opgemerkt in: Janssen & Bouwman, *PPLR* 2020, p. 93-94.

waarop gemeenten in Nederland sociale diensten uitbesteden. Hierbij worden ook de genoemde empirische gegevens over de wijze waarop gemeenten in Nederland zorg organiseren als context betrokken.<sup>136</sup>

*Interpretatie van EU-recht door de Europese rechter*

Bij geschillen over EU-recht past het HvJ EU dan ook de hiervoor besproken uitgangspunten en beginselen toe. Bij zijn interpretatie van EU-recht maakt het HvJ EU tevens gebruik van verschillende interpretatiemethoden, die overigens ook door de nationale rechter worden toegepast bij de interpretatie van wet- en regelgeving. In zijn algemeenheid kunnen de vier interpretatiemethoden die reeds door Von Savigny zijn onderscheiden, daarbij als leidend worden beschouwd: de grammaticale, historische, systematische en logische (nu: teleologische) interpretatie.<sup>137</sup>

De grammaticale interpretatiemethode houdt in dat voor de uitleg van de wet wordt gekeken naar de letterlijke tekst. Deze methode kan dan ook worden gezien als het startpunt van de interpretatie. Doorgaans geldt echter dat op grond van de tekst meerdere interpretaties verdedigbaar zullen zijn. Dit is temeer het geval in het EU-recht, aangezien dit recht vaak de uitkomst zal zijn van politieke compromissen en de vele talen waarin het EU-recht wordt vertaald, een uniforme uitleg verder kan bemoeilijken.<sup>138</sup> Voorts kan ook voor de uitleg van Europese richtlijnen een aanvullende interpretatiemethode nodig zijn, aangezien richtlijnen in eerste instantie gericht zijn op een bepaald eindresultaat waarbij lidstaten – de mate is afhankelijk van in hoeverre met de richtlijn volledige, optionele of minimumharmonisatie is beoogd – zelf mogen bepalen hoe zij deze doelstelling bereiken.<sup>139</sup> De grammaticale interpretatiemethode behoeft dan ook veelal aanvulling van andere interpretatiemethoden.

De wetshistorische interpretatiemethode houdt vervolgens in dat de rechter bij de uitleg van een wet of wetsartikel acht slaat op de wetsgeschiedenis. Zo kan bijvoorbeeld de memorie van toelichting duidelijkheid geven over de interpretatie van een Nederlandse wet. Voor het Europees recht kan bijvoorbeeld de considerans bij een richtlijn of de toelichting op een regeling door de Europese Commissie als bron worden genoemd voor de wetshistorische interpretatiemethode. Zo bleek het Handboek voor de implementatie van de dienstenrichtlijn bijvoorbeeld een invloedrijk interpretatiemiddel bij de toepassing van de Dienstenrichtlijn.

Met de systematische interpretatiemethode wordt bedoeld dat acht wordt geslagen op de wettelijke context waarin het te interpreteren wetsartikel zich bevindt. De systematische interpretatie kan daarbij zowel een onderzoek naar de bedoeling van de wetgever omvatten, alsook naar de samenhang en systematiek van het hele rechtsterrein waarbinnen het wetsartikel zich bevindt.

Ten slotte is de teleologische interpretatiemethode van belang. Deze methode heeft, anders dan de hiervoor besproken interpretatiemethoden, geen betrekking op een bepaalde tekst die in relatie staat tot de wetsbepaling, maar identificeert uit alle

136. Unk 2019.

137. Von Savigny 1840, p. 212-216; zie daarover: Altena 2016, par. 6.2.1. Zie verder: Beck 2012, p. 161. Daarbij geldt dat ook andere interpretatiemethoden worden onderscheiden, zoals: de anticiperende, rechtshistorische, restrictieve, extensieve en de analogische interpretatiemethoden.

138. Zie hierover Manunza, Meershoek & Senden 2020, p. 14.

139. Eijsbouts e.a. 2015, p. 62; Prechal & Van den Brink 2010.

mogelijk bronnen de strekking of het doel van de bepaling.<sup>140</sup> Daarbij is deze interpretatie gericht op de maatschappelijke betekenis van de wet of het wetsartikel. Ook hier gaat het dus om het vaststellen van het doel van de bepaling, maar dan niet zozeer het doel dat uit de wetgeschiedenis volgt, maar meer het maatschappelijke doel van de bepaling en haar betekenis in de (Europese) samenleving. Terzijde dient te worden opgemerkt dat het hierboven besproken leerstuk van het nuttig effect in de literatuur ook wel wordt gezien als een teleologische interpretatie.<sup>141</sup>

In de jurisprudentie van het HvJ EU is te zien dat het Hof aan de hand van bovenstaande interpretatiemethoden zoekt naar een interpretatie van EU-recht die past binnen het Europese stelsel en zijn doelstellingen.<sup>142</sup> Zo wordt de interpretatie van de letterlijke tekst van de betreffende EU-regeling doorgaans aangevuld met een interpretatie die past bij de wetshistorische doelen van de regeling en/of die past binnen het systeem van EU-recht, dan wel een interpretatie die aansluit bij het geheel van EU-doelstellingen in ruime zin, zodat de doelstellingen van het EU-recht het beste worden bereikt. In dat verband worden dan ook de EU-regels in bepaalde gevallen door het Hof ruim uitgelegd, en uitzonderingen op de EU-regels in andere gevallen ‘eng’ geïnterpreteerd.<sup>143</sup> Bij de bespreking van de reikwijdte van het instrument van de overheidsopdracht, waarbij jurisprudentie van het HvJ EU een belangrijke rol speelt, zullen deze interpretatiemethoden dan ook worden betrokken en – waar nodig – kritisch beschouwd.

#### 1.4.1.3 *Toetsingskader voor betere regulering: fundamentele rechtsbeginselen, attributiebeginsel, beginselen van coherentie en consistentie en rechtszekerheid*

Op bepaalde momenten zal in dit onderzoek het juridisch kader onder de loep worden genomen en worden getoetst. In dat kader zullen in een voorkomend geval voorstellen worden gedaan ter verbetering van het juridisch kader. De beginselen en uitgangspunten die hierbij als toetsingskader dienen zijn: de fundamentele rechtsbeginselen (zoals uiteengezet in paragraaf 1.4.1.1), het attributiebeginsel en het beginsel van lokale autonomie, de beginselen van coherentie en consistentie en daarnaast het belang van rechtszekerheid. Aangezien hiervoor reeds is ingegaan op de fundamentele rechtsbeginselen, wordt hieronder enkel ingegaan op deze laatste beginselen en uitgangspunten.

##### *Attributiebeginsel en het beginsel van lokale autonomie*

De thematiek van dit boek raakt de afbakening van bevoegdheden tussen de lidstaten en de EU, voor wat betreft de wijze waarop de lidstaten sociale diensten organiseren. Daarbij dient opgemerkt te worden dat over de toepasselijkheid van EU-regulering op de organisatie van sociale diensten, dan wel de wenselijkheid daarvan – in politiek, samenleving en wetenschap, in Nederland en ook daarbuiten – discussie bestaat.<sup>144</sup>

140. Altana 2016, par. 6.2.1.

141. Zie o.a.: Van den Brink 2012, p. 119.

142. Zie hierover meer uitgebreid ook: Matheeußen, *Jura Falconis* 1993-1994, p. 364-401.

143. Manunza 2001. In de hiernavolgende hoofdstukken zullen deze arresten worden besproken.

144. Zie o.a.: Wehlander 2016; Neergaard e.a. 2013; zie ook: *Kamerstukken II* 2017/18, 34477, nr. 38.

In dit kader zal in dit boek ook worden getoetst aan het attributiebeginsel (ook wel het beginsel van beperkte bevoegdheden), het subsidiariteitsbeginsel en het evenredigheidsbeginsel, zoals neergelegd in art. 5 VEU. Het attributiebeginsel houdt in dat de Unie enkel binnen de grenzen van de haar door de lidstaten in de verdragen toegekende bevoegdheden kan handelen, om de daarin bepaalde doelstellingen te verwezenlijken.<sup>145</sup> Bevoegdheden die in de Verdragen niet aan de Unie zijn toegeedeeld, behoren dan ook toe aan de lidstaten. Op grond van het subsidiariteitsbeginsel geldt daarnaast dat de Unie op de gebieden die niet onder haar exclusieve bevoegdheid vallen, slechts optreedt indien en voor zover de doelstellingen van het overwogen optreden niet voldoende door de lidstaten op centraal, regionaal of lokaal niveau kunnen worden verwezenlijkt, maar vanwege de omvang of de gevolgen van het overwogen optreden beter door de Unie kunnen worden bereikt. Op grond van het evenredigheidsbeginsel als bedoeld in art. 5 VEU, mogen de inhoud en de vorm van het optreden van de Unie niet verder gaan dan wat nodig is om de doelstellingen van de Verdragen te verwezenlijken.

In verband met de legaliteit van de Unie, moet het optreden van de Unie dan ook aan een aantal voorwaarden voldoen: allereerst moeten de lidstaten op een terrein soevereiniteit hebben afgestaan (i), tenzij het een exclusieve bevoegdheid betreft, kan de Unie alleen optreden als bepaalde doelstellingen beter door de Unie kunnen worden bereikt (ii), en het optreden mag niet verder gaan dan noodzakelijk (iii). Daarbij dient opgemerkt te worden dat sinds het Verdrag van Lissabon in het primair Unierecht, in artikel 4 VEU lid 2 (maar ook in de verbrede definitie van het subsidiariteitsbeginsel als hiervoor genoemd), een expliciete erkenning van de lokale en regionale structuren van de lidstaten is neergelegd, ook wel het beginsel van lokale autonomie of het beginsel van regionaal en lokaal zelfbestuur genoemd. Hierdoor is in feite op EU-niveau een nieuwe laag erkend, die daarvoor niet als zodanig in het Verdrag stond; ook hier wordt duidelijk dat het Verdrag een 'levend' (niet-statisch) geheel is dat meebeweegt op de ontwikkelingen die plaatsvinden en waarbij accenten worden verlegd.<sup>146</sup>

In het licht van veranderende doelstellingen van de EU en deze duidelijke erkenning van het lokale zelfbestuur binnen de EU wordt in dit onderzoek getoetst in hoeverre het optreden van de EU op het terrein van sociale diensten nog steeds voldoet aan de beginselen van bevoegdheidstoedeling, subsidiariteit en evenredigheid. Ook wordt aandacht besteed aan de afbakening van het concept 'diensten van algemeen economisch belang' en 'diensten van algemeen niet-economisch belang', waarbij het eerstgenoemde concept wel onder het bereik van EU-regulering valt en het tweede niet. In dat verband worden activiteiten die worden verricht binnen een stelsel dat uitgaat van solidariteit, door het HvJ EU wel aangemerkt als niet-economisch.<sup>147</sup> Getoetst moet dan ook worden in hoeverre sociale diensten in Nederland in die zin als economisch dan wel niet-economisch moeten worden aangemerkt.

145. Zie meer hierover: Eijsbouts e.a. 2015, p. 17. Barnard & Peers 2017, p. 105.

146. Zie over deze verandering in het verdrag: Manunza 2010<sup>b</sup>.

147. Zie bijvoorbeeld recent in: HvJ EU 11 juni 2020, C-262/18 P en C-271/18 P, ECLI:EU:C:2020:450 (*Commissie/Dóvera*).

*Beginselen van coherentie en consistentie en van rechtszekerheid*

Ten slotte wordt in dit onderzoek ook gezien of dit juridisch kader waarbinnen de verschillende instrumenten van elkaar moeten worden onderscheiden een consistent en coherent geheel is. Een coherent en consistent rechtskader zal namelijk bijdragen aan de effectiviteit en doelmatigheid van het juridisch kader. Of het juridisch kader dat van toepassing is op de rechtsinstrumenten daadwerkelijk effectief is, dat wil zeggen: de vraag naar de effectiviteit van het recht, valt evenwel buiten het bestek van dit boek.

De beginselen van coherentie en consistentie hebben een belangrijke plaats in de EU-Verdragen; zij worden vermeld in de artikelen 11 lid 3, 13 en 21 VEU en artikel 7 VWEU.<sup>148</sup> In de Nederlandse vertaling wordt in plaats van coherentie en consistentie daarbij steeds het woord ‘samenhang’ gebruikt. In dit onderzoek worden deze beginselen betrokken om het gehele juridisch kader, zoals dat geldt bij de keuze en het onderscheid tussen de verschillende instrumenten voor het uitbesteden van diensten in het sociaal domein, te toetsen op coherentie en consistentie. Daaronder wordt dan een toets verstaan of de toepasselijke regulering onderling samenhangend en daarentegen dus niet tegenstrijdig, onsamenhangend of onduidelijk is. Daarbij gaat het om een toets van zowel het EU- als het nationale rechtstelsel. Zo kan ook het nationale rechtssysteem zijn coherentie en consistentie verliezen, juist omdat het EU-recht eigen concepten, leerstukken en begrippen kent, en de integratie hiervan in de nationale rechtsorde tot gevolg kan hebben dat nationale begrippen een andere invulling krijgen.<sup>149</sup> Waar nodig worden daarbij voorstellen gedaan tot aanpassing van het juridisch kader met het oog op deze beginselen.

Voorts speelt ook het rechtszekerheidsbeginsel hierbij een rol, als dit beginsel erop toeziet dat het juridisch kader voldoende duidelijk is. Rechtsonzekerheid kan immers resulteren in gemiste kansen, zowel voor overheden, zorgondernemingen en burgers en vergroot de kans op fraude en corruptie. In dit onderzoek speelt dit beginsel met name een rol als wordt gezien of het juridisch kader dat de scheidslijnen tussen instrumenten bepaalt, voldoende duidelijk is. Daarbij zal – indien nodig – worden opgeroepen tot meer rechtszekerheid.

#### 1.4.2 Juridisch-extern normatief kader: een goede organisatie van sociale diensten in Nederland

Dit onderzoek richt zich bij het onderscheiden van rechtsinstrumenten ook op een goede organisatie van zorg of eenvoudigweg op ‘goede zorg’. Aan de keuze voor het ene dan wel het andere instrument kunnen namelijk voor en/of nadelen kleven die aspecten van de goede (organisatie van) zorg betreffen. Deze voor- en/of nadelen komen daarbij voort uit een analyse van de karakteristieken van de verschillende instrumenten. Deze karakteristieken vloeien weer voort uit de juridische eigenschappen van de instrumenten die op basis van het onderzoek naar de scheidslijnen tussen die instrumenten worden geïdentificeerd.

148. Manunza, *The Europe Institute Working Papers* 2012 p. 1-12; zie ook: Janssen 2018, p. 7; zie meer hierover: Prechal & Van Roermund 2008.

149. Van Gestel & Micklitz 2011, p. 67; Smits 2004, p. 229-245; Barkhuysen 2005; Botman 2015, p. 18.

Van belang is echter dat het doel van dit onderzoek er niet in bestaat om vast te stellen wat de beste manier of het beste instrument is om sociale diensten te organiseren. Ook is niet bedoeld alle aspecten van een goede organisatie van sociale diensten uitputtend te bespreken. In dit onderzoek zijn daarentegen een viertal aspecten gekozen die in de praktijk in Nederland vaak als belangrijk worden bestempeld met het oog op een goede organisatie van zorg. Daarbij wordt dan bezien welke voor- en/of nadelen de keuze voor een van de instrumenten kan hebben op deze vier aspecten rondom goede zorg. Het is vervolgens aan gemeenten welk instrument zij met het oog op deze voor- en/of nadelen in een concreet geval kiezen en welk instrument het beste past bij het bereiken van hun beleidsdoelstellingen.

Als het gaat om de te toetsen aspecten, dan is er in dit onderzoek voor gekozen aan te sluiten bij de drie hoofdpijlers die het fundament vormen onder het Nederlandse gezondheidszorgstelsel, en die ook in Europese *soft law* als hoofdelementen van de zorg worden aangewezen: de betaalbaarheid van het stelsel (i) de kwaliteit van de diensten (ii) en de toegankelijkheid van de diensten (iii).<sup>150</sup> Daarbij zal onder toegankelijkheid alleen keuzevrijheid voor cliënten worden meegenomen. Ten slotte wordt als vierde aspect het tegengaan van zorgfraude betrokken (iv), wat ook wel als een vierde pijler van goede zorg kan worden beschouwd.

Opgemerkt zij nogmaals dat dit uitdrukkelijk geen limitatieve lijst aspecten betreft om van een goede organisatie van zorg te spreken. Ook andere aspecten rondom goede zorg zouden door gemeenten op dezelfde wijze kunnen worden getoetst bij toepassing van de verschillende instrumenten. Hieronder volgt een korte omschrijving van de vier aspecten zoals ze in dit onderzoek worden meegenomen.

*(i). Betaalbaarheid van het stelsel*

Onder de betaalbaarheid van het stelsel wordt in dit onderzoek verstaan dat rekening wordt gehouden met de kosten van de organisatie van sociale diensten, in de zin dat zij niet te hoog mogen zijn. Tegen de achtergrond van de hiervoor geschetste problematiek van vergrijzing en stijgende zorgkosten, is in Nederland gekozen voor een andere wijze van benaderen van zorg en het overhevelen van taken naar de gemeenten. Als uitvloeisel daarvan zijn de budgetten die in Nederland voor sociale diensten beschikbaar zijn, kleiner geworden. Ook op Europees niveau wordt erop gewezen dat de lidstaten deze kosten beheersbaar moeten maken om de zorg toegankelijk en van goede kwaliteit te houden, mede met het oog op toekomstige generaties.<sup>151</sup> De betaalbaarheid van het stelsel van zorg in het algemeen en sociale diensten in het bijzonder, is dan ook een punt van bijzondere aandacht zowel op Europees als nationaal niveau. Bij de bespreking van de rechtsinstrumenten zal worden getoetst welk effect de keuze voor een instrument heeft of kan hebben op de betaalbaarheid van het stelsel.

150. Zie o.a.: COM(2001) 723 definitief, p. 10; COM(2006) 177 final, p. 5. Zie bijvoorbeeld op de website van het Zorginstituut Nederland, <https://www.zorginstituutnederland.nl/over-ons>.

151. Zie bijv.: COM(2001) 723 definitief, p. 12.

*(ii). Kwaliteit*

Als het gaat om een goede organisatie van sociale diensten, gaat het onlosmakelijk ook om een goede kwaliteit van deze diensten, of althans het streven naar een zo hoog mogelijke kwaliteit. Het bepalen van de mate van kwaliteit is – naast enkele wettelijke standaarden in de betreffende decentralisatiewetten, en voor de jeugdzorg zijn er ook enkele landelijke standaarden<sup>152</sup> – aan de gemeenten overgelaten. Er is overigens wel discussie geweest over de vraag of bijvoorbeeld Wmo-diensten zouden moeten vallen onder de Wet kwaliteit, klachten en geschillen zorg (Wkkgz), waarin door de overheid is geformuleerd wat goede zorg precies inhoudt.<sup>153</sup> In Nederland is er echter bewust voor gekozen om deze diensten daarbuiten te laten omdat anders de gemeentelijke beleidsruimte wordt beperkt en de doelstelling van lokale diversiteit van voorzieningen, gericht op maatwerk in individuele gevallen en de beoogde vernieuwing in het aanbod, wordt doorkruist.<sup>154</sup> In dit onderzoek wordt bezien in hoeverre de gemeenten bij toepassing van de verschillende instrumenten rekening kunnen houden met de gewenste kwaliteit van de diensten.

*(iii). Toegankelijkheid: keuzevrijheid voor cliënten bij sociale diensten*

Onder toegankelijkheid van sociale diensten wordt in dit onderzoek alleen de keuzevrijheid voor cliënten meegenomen, dat wil zeggen: de mogelijkheid voor cliënten om uit meerdere zorgaanbieders te kiezen. Keuzevrijheid voor cliënten, bijvoorbeeld om te kiezen voor een zorgaanbieder die goed aangeschreven staat of die behoort tot de eigen levensbeschouwelijke kleur, wordt in Nederland namelijk van oudsher van groot belang geacht. Uit onderzoek blijkt dat keuzevrijheid ook een belangrijk element is als het gaat om cliënttevredenheid over sociale diensten.<sup>155</sup> Overigens moet daarbij vermeld dat uit (ander) onderzoek ook blijkt dat een (te) grote mate van keuzevrijheid nadelige effecten kan hebben van bijvoorbeeld keuzestress bij de gebruikers.<sup>156</sup> Door een groeiend aanbod van diensten, waarbij de verschillen in aanbieder en kwaliteit niet duidelijk zijn, weet de burger niet meer welke keuzes te maken. Het is dan ook aan gemeenten om daarin een keuze te maken met het oog op een goede organisatie van zorg.

*(iv). Tegengaan van zorgfraude*

Zorgfraude, een verzamelnaam voor alle fraude met zorggelden en elk onregelmatig gebruik daarvan, is in het sociaal domein een maatschappelijk prangende kwestie geworden. Zo verschenen de laatste jaren diverse nieuwsberichten van zorgfraude in de media.<sup>157</sup> Directeuren of eigenaren van zorginstellingen die geld niet gebruiken voor goede sociale diensten voor de cliënten, maar voor zichzelf uitgaven aan allerlei luxe producten of (onroerende) goederen dan wel hoge winsten aan zichzelf

152. Zoals landelijke normen van verantwoorde hulp en de verplichte VOG voor bepaalde hulpverleners.

153. Zie o.a. de Kamerbrief van de minister van VWS van 22 november 2018 betreffende Wmo 2015, kwaliteit, klachten, geschillen en Wkkgz, kenmerk: 1444357-183749-DMO.

154. Idem.

155. Zie hierover: I&O Research 2015; I&O Research 2016; Uenk 2019, p. 282 e.v.

156. Zie o.a.: Timmermans & Klijnsma 2007.

157. Een greep uit de vele berichten: 'Cel voor bestuurder die geld gehandicaptenzorg gebruikte voor villa', AD 4 september 2018; 'Oud-topman van zorginstelling moet 2 miljoen euro terugbetalen', NU.nl 21 augustus 2019; 'Dure auto's en luxe huizen: Frauderende medewerkers Just Care hebben goed geleefd van zorggeld', AD 28 augustus 2020. Zie verder: De Koster, *Binnenlands Bestuur* 1 mei 2020.

uitkerden. Een andere vorm van zorgfraude betreft zorgaanbieders die (opzettelijk) niet uitgevoerde behandelingen wel declareren of die behandelingen voor hogere bedragen declareren dan die behandelingen in werkelijkheid hebben gekost. Het is de zogenoemde ‘zorgcowboys’ namelijk niet ontgaan dat er in het sociaal domein (veel) geld te verdienen valt. Een dergelijke praktijk wordt onacceptabel geacht: misbruik van overheidsmiddelen en dan nog eens voor de meest kwetsbaren is onaanvaardbaar.<sup>158</sup> In dit onderzoek wordt aandacht besteed aan deze kwestie door met het oog op een goede organisatie van zorg te bezien in hoeverre bij toepassing van het ene dan wel het andere instrument kan worden ingezet op het tegengaan van zorgfraude. Hierbij speelt ook de eerder genoemde Wet Bibob als screeningsinstrument een rol (paragraaf 1.2.3). Een belangrijke kanttekening is echter wel dat in waarborgen moet worden voorzien zodat het tegengaan van zorgfraude niet leidt tot misstanden – ik denk dan bijvoorbeeld aan personen/ organisaties die op fraudelijst komen die daarop niet horen. Zo zal de zorgfraude ofwel door een rechter moeten worden vastgesteld ofwel ten minste bij een rechter moeten kunnen worden aangevochten.

## 1.5 TERMINOLOGIE

Hieronder worden een aantal belangrijke begrippen die in het boek worden gehanteerd, kort gedefinieerd en besproken. De begrippen staan in alfabetische volgorde. Bij het definiëren van de begrippen is daarbij zoveel mogelijk voortgebouwd op de begrippen en concepten die reeds in eerder onderzoek van het onderzoekscentrum UUCePP en zijn voorganger het PPRC van de Universiteit Utrecht, zijn gedefinieerd.<sup>159</sup>

### *Care en cure*

In dit onderzoek gaat het om een specifiek type van zorg, namelijk sociale zorg (care) en niet om de ziekenhuiszorg (cure). Het verschil tussen beide, care en cure, kan worden gevonden in het feit dat de eerste meer tot doel heeft het zoveel mogelijk beperken van nadelen van ziekten, stoornissen en beperkingen, en dus gericht is op verzorging of ondersteuning en de tweede voornamelijk gericht is op genezing. Overigens is de grens tussen deze twee begrippen niet altijd even helder te trekken.<sup>160</sup> Dit onderzoek wordt dan ook afgebakend op basis van de specifieke verantwoordelijkheden van gemeenten met betrekking tot diensten in het sociaal domein. Zie hierna: sociale diensten.

158. Zie Kamerbrief antwoorden op de vragen van de Kamerleden Slootweg & Peters over het bericht dat zorgcowboys binnen twee jaar miljonair worden in de thuiszorg van 12 september 2019, kenmerk: 1553430-193110-PZO; zie bijv. ook: De Koster, *Binnenlands Bestuur* 20 december 2019.

159. Meer over het onderzoekscentrum waarvan ook dit onderzoek deel uitmaakt, via: <https://www.uu.nl/onderzoek/centre-for-public-procurement-uucepp> (laatst gezien: 9 november 2021).

160. Keet, *Tijdschrift voor psychiatrie* 2008, p. 555.



*Gebruiker/cliënt*

In dit onderzoek wordt zowel gesproken van ‘cliënten’, als van ‘gebruikers’ van sociale diensten. In beide gevallen wordt bedoeld ‘een persoon die sociale dienstverlening of jeugdhulp ontvangt’<sup>161</sup>. In ander onderzoek worden zij ook wel aangeduid als ‘recipient’ (ontvanger), ‘beneficiary’ (begunstigde) of ‘patient’ (patiënt).<sup>162</sup> Met Uenk is daarbij niet voor het woord patiënt gekozen, omdat veel ontvangers van sociale diensten, in tegenstelling tot ontvangers van medische voorzieningen, zich niet als patiënten beschouwen.

*Maatwerkvoorzieningen vs. algemene voorzieningen*

Er wordt in het sociaal domein een onderscheid gemaakt tussen algemene voorzieningen en maatwerkvoorzieningen (het laatste wordt ook wel aangeduid als: individuele voorzieningen). In art. 1.1.1 van de Wmo 2015 wordt de algemene voorziening gedefinieerd als: aanbod van diensten of activiteiten dat, zonder voorafgaand onderzoek naar de behoeften, persoonskenmerken en mogelijkheden van de gebruikers, toegankelijk is en dat is gericht op maatschappelijke ondersteuning. Algemene voorzieningen zijn dus die (sociale) voorzieningen die toegankelijk zijn zonder beschikking of toegangsbesluit van de gemeente.<sup>163</sup> Voorbeelden daarvan zijn het buurthuis, boodschappenservices, maaltijdservices, publiek toegankelijke vervoersvoorzieningen en preventieve activiteiten (bijvoorbeeld tegen eenzaamheid). Maatwerkvoorzieningen bieden maatwerk voor het oplossen van een redzaamheidsprobleem voor een individueel persoon. In de Wmo in art. 1.1.1 wordt dit als volgt gedefinieerd: op de behoeften, persoonskenmerken en mogelijkheden van een persoon afgestemd geheel van diensten, hulpmiddelen, woningaanpassingen en andere maatregelen (ten behoeve van de zelfredzaamheid, participatie of van beschermd wonen en opvang). Zo kunnen maatwerkvoorzieningen bijvoorbeeld bestaan uit re-integratietrajecten (Participatiewet), huishoudelijke hulp (Wmo 2015) of pleegzorg (Jeugdwet).<sup>164</sup>

*Rechtsinstrument*

Onder het begrip rechtsinstrument wordt in dit onderzoek verstaan een door het recht aangeboden reguleringsmiddel om bepaalde doelen te kunnen bereiken.<sup>165</sup> Aan een rechtsinstrument is onlosmakelijk een bepaald juridisch kader verbonden. In dit onderzoek wordt het begrip gehanteerd om aan te duiden dat het recht middelen, ofwel instrumenten aanreikt, om als overheid activiteiten te reguleren of te organiseren. Meer in het bijzonder gaat het in dit boek om instrumenten in handen van gemeenten om taken in het sociaal domein uit te besteden. Zo worden aangemerkt als rechtsinstrument: de overheidsopdracht, concessie, subsidie, vergunning en het openhousemodel. In die zin zijn eerder door andere auteurs ook bijvoorbeeld de vergunning, subsidie en de concessie als (bestuurs- of economische) instrumenten van de overheid aangeduid.<sup>166</sup> Ook de overheidsopdracht wordt in

161. Zie definitie Uenk 2019, p. 32 (*vertaling auteur*).

162. Uenk 2019, p. 32 (*vertaling auteur*).

163. Pommer & Boelhauer 2016, p. 19.

164. Idem.

165. Ontleend aan: Juridisch woordenboek.

166. Meer in het algemeen is ook wel het recht en in het bijzonder het bestuursrecht als instrument aangeduid, zie: Schlössels & Zijlstra 2010, p. 701; zie ook: Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2014.

de literatuur als instrument aangemerkt, en dan vooral in verband met de instrumentele functie van het aanbestedingsrecht om de samenleving op duurzame en rechtvaardige wijze te organiseren.<sup>167</sup> Overigens kan ook inbesteden als een rechtsinstrument worden aangeduid; dit instrument wordt in dit onderzoek echter buiten beschouwing gelaten.

#### *Sociaal domein*

In de breedste zin van het woord houdt het sociaal domein naast de drie decentralisatiewetten (Wmo, Jeugdwet, Participatiewet) ook de gemeentelijke beleidsterreinen als onderwijs, inkomen en publieke gezondheidszorg in.<sup>168</sup> In dit boek zal met name worden gekeken naar de sociale diensten (zie hierna) die vallen onder de drie decentralisatiewetten, maar zullen de conclusies ook kunnen worden doorgetrokken naar andere sociale diensten die gemeenten tot hun taak hebben om voor haar inwoners te organiseren en die ze laten uitvoeren door een zorgaanbieder (zie definitie hierna).

#### *Sociale diensten*

Onder sociale diensten worden in dit boek verstaan, die diensten die te maken hebben met de sociale zorg, en waarvan de Nederlandse overheid de organisatie ervan als taak heeft opgelegd aan de gemeenten om deze voor haar inwoners te organiseren. Daarom kan ook wel worden gesproken van publieke sociale diensten.<sup>169</sup> In lijn met de definitie van Uenk kunnen sociale diensten verder worden gedefinieerd als: ‘diensten met het doel ondersteuning te bieden aan hulpbehoevende individuen vanwege ziekte, handicap, ouderdom of afstand tot de arbeidsmarkt en het verbeteren van hun zelfredzaamheid’ (*vertaling auteur*).<sup>170</sup> Voorbeelden van dergelijke diensten zijn: huishoudelijke hulp, persoonlijke hulp, respijtzorg en dagbesteding. Daarnaast vallen onder dit begrip in dit boek ook de diensten die betrekking hebben op de zorg voor jongeren (jeugdzorg). De diensten die besproken worden in dit boek vallen daarnaast allen onder de categorie ‘sociale en andere specifieke diensten’ opgenomen in bijlage XIV bij Richtlijn 2014/24/EU.

#### *Zorgaanbieder*

Met het begrip zorgaanbieder wordt in dit onderzoek aangesloten bij het onderzoek van Uenk, als hij die definieert als: ‘externe organisaties buiten de gemeente die door de gemeente kunnen worden gecontracteerd (of gesubsidieerd of aan wie een vergunning kan worden verleend, *aanvulling auteur*) voor de organisatie van sociale diensten’ (*vertaling auteur*).<sup>171</sup> Het begrip zorgaanbieders moet in dit boek in de ruimste zin worden opgevat als daaronder niet alleen private partijen met winstoogmerk en deskundig zorgpersoneel worden verstaan, maar ook publieke

p. 2; zie meer specifiek over de subsidie, concessie en overheidsovereenkomsten als instrument: Huisman & Van Ommeren 2019, p. 388.

167. Zie in het bijzonder de publicaties van Manunza die reeds vanaf 2003 op deze functie van het aanbestedingsrecht heeft gewezen.

168. Zie o.a. Pommer & Boelhrouwer 2016, p. 19.

169. Zie ook de Engelse definities ‘public services’ en ‘social care services’ in het onderzoek van Uenk 2019, p. 31.

170. Uenk 2019, p. 31.

171. Uenk 2019, p. 34.

organisaties, organisaties zonder winstoogmerk, sociale ondernemingen of georganiseerde burgerinitiatieven kunnen betreffen.<sup>172</sup> Zo kan bijvoorbeeld een zorgboerderij ook als zorgaanbieder in die zin worden aangemerkt.

## 1.6 OPBOUW VAN HET BOEK

Deze paragraaf toont de opbouw van het boek aan de hand van een korte beschrijving van elk van de hoofdstukken.

*Hoofdstuk 2 – De organisatie van sociale diensten: op het grensvlak van nationale soevereiniteit en de Europese sociale markteconomie*

In hoofdstuk 2 staat de verdeling van bevoegdheden tussen de Europese Unie en de lidstaten centraal als het gaat om de organisatie van sociale diensten. Bij het gebruik van de instrumenten om sociale diensten te organiseren is namelijk zowel Europese, als nationale wet- en regelgeving en jurisprudentie van toepassing. In dit hoofdstuk wordt bezien welke bevoegdheden de lidstaten in dit verband aan de EU hebben overgedragen en op welke terreinen zij soevereiniteit hebben behouden. In dit hoofdstuk wordt daarbij ook aandacht besteed aan het Europese concept ‘(sociale) diensten van algemeen (economisch) belang’ en de wijze waarop de EU met het bijzondere karakter van sociale diensten rekening houdt. Bijzondere aandacht wordt besteed aan de veranderingen met het huidige EU-Verdrag van Lissabon, op basis waarvan er meer ruimte is om nationale beleidsdoelen na te streven.

*Hoofdstuk 3 – De overheidsopdracht 3.0: duidelijke scheidslijnen om de overheidsopdracht van andere rechtsinstrumenten te onderscheiden*

In dit hoofdstuk staat het rechtsinstrument de overheidsopdracht centraal en wordt deze als uitgangspunt voorgesteld voor het onderscheiden met de andere instrumenten. Daartoe wordt eerst het juridisch kader van dit instrument, het aanbestedingsrecht, uitgebreid besproken. Ook wordt daarbij aandacht besteed aan de specifieke regeling voor sociale diensten die in art. 74 e.v. in Richtlijn 2014/24/EU is opgenomen, en hoe daaraan door Nederland uitwerking is gegeven. Tevens zal worden bezien welke voor- dan wel nadelen de keuze voor het instrument van de overheidsopdracht kan hebben op de goede (organisatie van) zorg. Daarna volgt een belangrijk onderdeel van dit onderzoek: het vaststellen van de reikwijdte van het instrument van de overheidsopdracht zoals neergelegd in de aanbestedingsrichtlijnen aan de hand van de wettelijke en jurisprudentiële criteria van het begrip overheidsopdracht. Op basis daarvan wordt een eerste aanzet gedaan voor de analyse van de scheidslijnen tussen de overheidsopdracht en andere rechtsinstrumenten. In de daarop volgende hoofdstukken worden deze geïdentificeerde scheidslijnen verder uitgewerkt om onderscheid te kunnen maken tussen de overheidsopdracht en de subsidie/vergunning (hoofdstuk 4) en de overheidsopdracht en het openhouse-model (hoofdstuk 5).

172. Idem.

*Hoofdstuk 4 – Scheidslijnen tussen de overheidsopdracht & de subsidie en vergunning: de overheid als opdrachtgever, supporter of poortwachter*

In dit hoofdstuk zal de aanzet die in hoofdstuk 3 is gedaan om de overheidsopdracht van andere instrumenten te onderscheiden, verder worden uitgewerkt voor de subsidie en de vergunning. Daarbij zal ook worden stilgestaan bij de werking en reikwijdte van de instrumenten van de subsidie en de vergunning. Als het gaat om de scheidslijn tussen de overheidsopdracht met de subsidie en de vergunning, zal met name de overeenkomst onder bezwarende titel centraal staan. Van belang is daarbij de jurisprudentie van het HvJ EU ter invulling van dit criterium van de overheidsopdracht. Aan de hand daarvan zal worden verduidelijkt hoe de overheidsopdracht van de subsidie en de vergunning kan worden onderscheiden. Aandacht wordt verder besteed aan de mogelijkheden die er zijn om sociale diensten door middel van subsidies of vergunningen te organiseren en de voor- en nadelen van een keuze voor die instrumenten op de goede (organisatie van) zorg. Ook wordt ingegaan op de beïnvloeding van EU-recht op instrumenten als de subsidie en de vergunning, die ertoe leidt dat de juridische kaders van de verschillende instrumenten zich meer en meer richting elkaar (kunnen) begeben.

*Hoofdstuk 5 – Het openhousemodel: alternatief instrument voor de organisatie van overheidstaken*

In dit hoofdstuk wordt ingezoomd op het openhousemodel, een instrument dat in het sociaal domein in Nederland vooral bekendheid heeft gekregen sinds de hiervoor reeds genoemde arresten *Falk Pharma* en *Tirkkonen* uit 2016 en 2018. Aan de orde komt wat onder dit instrument moet worden verstaan en wat de scheidslijn en dus het verschil is tussen een overheidsopdracht en een openhousemodel. Verder wordt besproken of het bij een openhousemodel mogelijk is om – bijvoorbeeld vanwege de beheersbaarheid van de contracten – een beperking in het aantal aanbieders aan te brengen, zoals door toepassing van loting of door hogere kwalitatieve vereisten te stellen aan de toetreders. Een belangrijk onderdeel van dit hoofdstuk vormt daarnaast het juridisch kader van het openhousemodel. In dat kader wordt onderzocht welke EU- dan wel nationale regels op dit instrument van toepassing zijn. Vanwege de rechtsonzekerheid die op dit moment in de praktijk bestaat, zal daarnaast ook een voorstel worden gedaan om te voorzien in een nationale regeling voor het openhousemodel. Ten slotte wordt ingegaan op de voor- en nadelen die een keuze voor het openhousemodel kan hebben op de goede (organisatie van) zorg.

*Hoofdstuk 6 – De concessieopdracht: onbewuste praktijk of potentieel toekomstscenario in het sociaal domein?*

In hoofdstuk 6 wordt de concessieopdracht besproken. Op dit moment geniet dit instrument in het Nederlandse sociaal domein weinig bekendheid. Het lijkt er daarbij op dat in Nederland bij het organiseren van sociale diensten niet voor dit instrument wordt gekozen. In dit hoofdstuk wordt echter bezien of dat daadwerkelijk het geval is, of dat er in feite verwarring optreedt tussen de overheidsopdracht en de concessieopdracht. Ook de concessie moet als instrument namelijk van de overheidsopdracht worden onderscheiden, omdat het eigen kenmerken heeft met bijhorend juridisch kader. In dit hoofdstuk wordt dan ook de scheidslijn tussen de overheidsopdracht en de concessie(opdracht) geïdentificeerd. Aan de hand daarvan

wordt vervolgens gezien of in Nederland – onbewust – toch gebruik wordt gemaakt van dit rechtsinstrument of dat dit instrument mogelijkheden kan bieden voor de toekomst. Daarbij wordt ook hier kort gezien wat de voor- en nadelen zijn van de keuze voor dit instrument op de goede organisatie van zorg. Daarnaast wordt in dit hoofdstuk ook kort ingegaan op de scheidslijnen tussen de EU-concessieopdracht en de subsidie, vergunning en het openhousemodel.

*Hoofdstuk 7 – Procedures Prestatie-inkoop, Zeeuws model, Dialooggericht contracteren en onderhandelingsprocedure sociaal domein: overheidsopdracht of openhousemodel?*

In het sociaal domein zijn door de inkoop-technische en bestuurskundige wetenschappen al dan niet in samenwerking met de praktijk diverse inkoopprocedures ontwikkeld om sociale diensten in te kopen. Volgens de Monitor Gemeentelijke Zorginkoop 2020 gaat het per dat jaar om de procedures: Prestatie-inkoop, Zeeuws model, Dialooggerichte procedure en onderhandelingsprocedure sociaal domein (OSD).<sup>173</sup> Deze procedures zijn als zodanig niet in de Aanbestedingswet terug te vinden.

In dit hoofdstuk wordt dan ook gezien wat deze procedures volgens het recht inhouden. Daarbij zullen de elementen van de procedures, voor zover zij kenmerken (kunnen) vertonen van een overheidsopdracht worden getoetst aan het aanbestedingsrecht, en voor zover zij kenmerken (kunnen) vertonen van een openhousemodel aan de regels die – zoals vastgesteld in hoofdstuk 5 – voor dit instrument gelden.

*Hoofdstuk 8 – Reikwijdte van het ondernemersbegrip in het aanbestedingsrecht: naar een uitzondering voor burgerinitiatieven, vrijwilligersorganisaties en sociale ondernemingen?*

In dit hoofdstuk wordt ingegaan op de reikwijdte van het begrip ‘ondernemer’ uit de aanbestedingsrichtlijn. In het sociaal domein zijn naast commerciële ondernemingen namelijk ook veel vrijwilligers- of levensbeschouwelijke organisaties, burgerinitiatieven, zorgcoöperaties en sociale ondernemingen actief; ik bedoel dan die entiteiten die geen winstoogmerk hebben, opereren op vrijwillige basis en/of een puur maatschappelijk doel nastreven. In dit hoofdstuk wordt ingegaan op de vraag of deze entiteiten onder de aanbestedingsrichtlijn vallen en of zij dus ook moeten meedoen met een aanbestedingsprocedure als zij een (deel van de) overheidsopdracht wensen uit te voeren. Daarnaast wordt ingegaan op de mogelijkheden die er in het aanbestedingsrecht zijn om dergelijke entiteiten meer kansen te bieden op het verkrijgen van een overheidsopdracht, met name de mogelijkheden om opdrachten rechtstreeks aan hen te gunnen, dan wel een opdracht aan hen voor te behouden. Ten slotte wordt ook ingegaan op de vraag of deze mogelijkheden voldoende ruimte bieden voor entiteiten als vrijwilligersorganisaties, burgerinitiatieven en bijvoorbeeld sociale ondernemingen om hun belangrijke taken te kunnen uitvoeren in het belang van het welzijn van de Europese burgers en samenlevingen. Dit alles mede in het licht van de ontwikkelingen op EU-niveau om onder meer onder de noemer van de sociale markteconomie juist hun belangrijke rol, bijvoorbeeld met het oog op de sociale cohesie, te erkennen.

173. Uenk & Wind 2020, p. 19-20.

*Hoofdstuk 9 – Conclusie en aanbevelingen*

In dit hoofdstuk worden de bevindingen uit de hoofdstukken besproken en de daaruit voortvloeiende hoofdconclusies gepresenteerd. Op deze wijze wordt een antwoord geformuleerd op de onderzoeksvraag. Daarnaast zullen aanbevelingen worden gedaan om verwarring en onduidelijkheid bij het gebruik van besproken instrumenten tegen te gaan. Ook zullen enkele zorg-specifieke aanbevelingen worden gedaan.

## Hoofdstuk 2

# De organisatie van sociale diensten: op het grensvlak van nationale soevereiniteit en de Europese sociale markteconomie

### 2.1 INLEIDING

Lidstaten hebben bij het organiseren van sociale diensten veel vrijheid om deze diensten vorm te geven in overeenstemming met de nationale gebruiken, voorkeuren en behoeften. Deze diensten worden op EU-niveau namelijk gekenmerkt door nationale soevereiniteit. Toch kan de wijze waarop zij de diensten vervolgens organiseren raken aan belangrijke EU-regulering. Daarbij gaat het met name om EU-regulering rondom het tot stand brengen van een eengemaakte Europese markt zonder binnengrenzen: de interne markt als bedoeld in art. 26 VWEU en die sinds het Verdrag van Lissabon van 2009 een Europese sociale markteconomie tot doel heeft.<sup>174</sup> Deze interne markt en de daarmee samenhangende regels staat ten dienste aan het bereiken van het hogere doel van de Unie: de vrede, haar waarden en het welzijn van haar volkeren.<sup>175</sup> Als gevolg van deze EU-regulering geldt dat overheden die taken zoals sociale diensten willen laten uitvoeren door derden, bijvoorbeeld door middel van het instrument van de vergunning, subsidie, het openhousemodel of de overheidsopdracht, de regulering rondom deze interne markt en de bijhorende vrijverkeersregels uit het EU-Werkingsverdrag in acht zullen moeten nemen.<sup>176</sup> Dit EU-recht kan daarnaast bepalend zijn bij de afbakening en dus de scheidslijnen tussen deze instrumenten.

Alvorens op deze scheidslijnen tussen instrumenten – en de daarmee samenhangende juridische kaders achter de verschillende instrumenten – in de hiernavolgende hoofdstukken wordt ingegaan, wordt in dit hoofdstuk dan ook een stap terug gedaan en ingezoomd op de EU-bevoegdheden op grond waarvan deze EU-regulering op sociale diensten van toepassing is. Daarbij staat de vraag centraal op welke grondslag en binnen welke reikwijdte de EU bevoegd is op te treden als het gaat om het organiseren van taken in de lidstaten, en wel in het bijzonder bij het organiseren van sociale diensten. Ook wordt daarbij ingegaan op de doelen die daarmee door de EU worden beoogd te bereiken en de wijze waarop daarbij rekening wordt gehouden met de nationale soevereiniteit die lidstaten bij het organiseren van sociale diensten hebben. Dit hoofdstuk is er dan ook op gericht te verhelderen op grond waarvan en met welk doel EU-verplichtingen van toepassing worden bij het organiseren van sociale diensten in de lidstaten. De vraag naar de grondslag, de reikwijdte en het doel van EU-bevoegdheden verdient daarbij temeer aandacht gezien sinds de decentralisaties de discussie weer is opgeleefd over de toepasselijkheid van EU-verplichtingen, en dan met name de aanbestedingsverplichting bij

174. Zie art. 3 lid 3 VEU.

175. Art. 3 lid 1 VEU. De interne markt is dus een middel en geen doel op zichzelf.

176. Voor dit boek zijn met name relevant: art. 49 en 56 e.v. VWEU.

sociale diensten.<sup>177</sup> In die discussie wordt met name aangevoerd dat de Europese interne marktregulering die gericht is op een eerlijk mededingingsproces zou botsen met de nationale doelstellingen rondom onder meer de kwaliteit en continuïteit van deze diensten. Deze discussie is overigens niet geheel nieuw maar past in een breder debat dat al rond de jaren tachtig van de vorige eeuw op gang kwam toen overheden in de lidstaten steeds meer publieke taken gingen liberaliseren en ook de organisatie van deze diensten, zoals sociale diensten, aan concurrentie blootstelden, waardoor EU-verplichtingen daarop van toepassing werden. Ook in de wetenschap zijn de voortschrijdende bevoegdheden van de EU op dit terrein en de gevolgen voor de bescherming van nationale belangen sinds die tijd onderwerp van discussie geweest.<sup>178</sup>

Dit hoofdstuk is als volgt opgebouwd. Allereerst zal worden ingegaan op de EU-bevoegdheden ten aanzien van sociale diensten en vervolgens op de EU-bevoegdheden ten aanzien van de interne markt, die ook de organisatie van sociale diensten kan omvatten. Daartoe zal in paragraaf 2 eerst een uitstapje worden gemaakt naar de bijzondere status die sociale diensten genieten in de EU – een status gekenmerkt door nationale soevereiniteit vanwege de onderscheiden historische en culturele context van de lidstaten wat betreft het ontstaan, de omvang en het functioneren van deze diensten. Daarbij zal ook kort in worden gegaan op de specifieke Nederlandse geschiedenis van sociale diensten. Vervolgens wordt in paragraaf 3 uiteengezet welke bevoegdheden de EU op sociaal terrein wel heeft en welke gevolgen dat heeft voor de organisatie van sociale diensten door gemeenten in Nederland. In paragraaf 4 wordt daarbij kort ingegaan op de EU-concepten SDAB (sociale diensten van algemeen belang) en DAEB (diensten van algemeen economische belang), omdat de sociale diensten als bedoeld in dit boek daaronder vallen en daarop specifieke EU-regulering van toepassing kan zijn. Nadat is ingegaan op deze EU-bevoegdheden specifiek voor sociale diensten, zal vervolgens worden ingegaan op de EU-bevoegdheden ten aanzien van de interne markt. Deze EU-bevoegdheden spelen namelijk een belangrijke rol bij het organiseren van sociale diensten door middel van de instrumenten als de overheidsopdracht, subsidie, vergunning en het openhousemodel. In paragraaf 5 wordt besproken hoe deze EU-bevoegdheden ten dienste staan aan de totstandkoming van een Europese sociale marktconomie. Ook zal aandacht worden besteed aan de ruimte die lidstaten binnen de begrenzings van de fundamentele EU-beginselen houden voor eigen (sociaal) beleid en hoe zij zodoende rekening kunnen houden met de bijzondere nationale en culturele context van sociale diensten. In paragraaf 6 wordt ten slotte ingegaan op een tweetal belangrijke vereisten die gelden voor toepasselijkheid van EU-regulering: het vereiste van een (duidelijk) grensoverschrijdend belang en het vereiste van economische activiteit. In de discussie over de toepasselijkheid van de EU-aanbestedingsverplichtingen op sociale diensten wordt namelijk ook vaak aangevoerd dat deze diensten, gezien hun aard, niet-grensoverschrijdend dan wel niet-economisch

177. Zie o.a. *Beschouwing over inkoop jeugdhulp, kwaliteit en verantwoording* 2019, p. 3; *Kamerstukken II* 2018/19, 34477, nr. 56; zie ook het wetsvoorstel van de leden Ellemeet en Van der Staaij tot wijziging van de *Aanbestedingswet 2012* in verband met het schrappen van de verplichte aanbesteding binnen het sociaal domein, *Kamerstukken II* 2018/19, 35105, nr. 2.

178. Neergaard e.a. 2013; Wehlander 2016.



zijn, en daarom niet onder de EU-verplichtingen zouden (moeten) vallen. Deze discussie wordt geplaatst in het licht van het geldende EU-recht.

## 2.2 EU VERSUS SOCIALE DIENSTEN: NATIONALE SOEVEREINITEIT LIDSTATEN CENTRAAL

De organisatie van sociale diensten in de lidstaten kent op EU-niveau een speciale positie, die zich met name kenmerkt door de soevereiniteit van lidstaten om sociale diensten te organiseren op een wijze die past bij de nationale culturele traditie, gebruiken en behoeften. In deze paragraaf wordt deze nationale soevereiniteit van de lidstaten geplaatst in de historische en culturele context die sociale diensten in de lidstaten hebben en die geleid heeft tot deze speciale positie op EU-niveau.

### 2.2.1 Verschillen welzijnsstelsels lidstaten geplaatst in historische en culturele context

De organisatie van sociale diensten wordt op EU-niveau gekenmerkt door nationale soevereiniteit. Het begrip soevereiniteit<sup>179</sup>, dat heden ten dage nogal eens wordt genoemd in de nationale discussie over de rol en bevoegdheden van de EU – en niet alleen als het gaat om de organisatie van sociale diensten, is met name een rol gaan spelen in de 16<sup>e</sup> eeuw als in Europa pluralisme op religieus gebied leidt tot het ontstaan van de natiestaten zoals we die nu kennen.<sup>180</sup> Van belang als het gaat om de soevereiniteit van lidstaten bij het organiseren van sociale diensten, is daarbij dat tegelijk met het ontstaan van deze individuele staten ook de welzijnsstelsels in die staten tot ontwikkeling komen; de stelsels worden dan ook ingebed in een nationale structuur.<sup>181</sup> Dit kan ook nu nog een rol spelen bij het denken over de organisatie van sociale diensten, als de meeste EU-lidstaten nog steeds gericht zijn op de bescherming van de culturele traditie en waarden van de eigen nationale staat als het gaat om de organisatie van deze diensten.

Bij de definitie van soevereiniteit in juridische zin wordt wel onderscheiden in een intern en een extern aspect.<sup>182</sup> Het interne aspect van soevereiniteit gaat over de verhouding tussen de staat en zijn burgers. Het externe aspect omvat de verhouding tussen staten onderling. Het is dit laatste, externe, aspect dat een rol speelt als het gaat over de soevereiniteit van lidstaten ten opzichte van de Europese Unie, bijvoorbeeld bij het organiseren van diensten in het sociaal domein. Soevereiniteit in die zin houdt in dat een staat zelfstandig en zonder inmenging door andere staten

179. Tegenwoordig wordt ook steeds meer gesproken in termen van 'nationalisme'. De Italiaanse filosoof Viroli 2019 onderscheidt daarbij tussen nationalisme en patriotisme. Aan het eerste concept verbindt Viroli een meer negatieve lading: het vormt een naar binnen gekeerd concept dat leidt tot exclusiviteit. Aan het tweede, patriotisme, verbindt Viroli een meer positieve lading: dit betreft een meer open concept als patriotisme ernaar streeft om belangrijke waarden (bijv. gelijkheid en inclusie) te verdedigen. Zo streden 'patriotten' tijdens WOII tegen fascisme en nazisme.

180. Zie meer: De Blois, *Ars Aequi* 2014, p. 27. De Blois wijst hierbij op definities van het begrip die in die tijd reeds werden gebezigd door Jean Bodin in: *Les six livres de la République* uit 1583 (edition Mairat), Parijs: Librairie générale de France 1993 [1583], boek 1, hoofdstuk 6; Hugo de Groot in: *Het recht van oorlog en vrede (De iure belli ac pacis)* uit 1625 (vertaling ontleend aan A.C. Eyffinger en B.P. Vermeulen, *Hugo de Groot. Denken over oorlog en vrede*, Baarn: Ambo 1991, p. 78).

181. Sindbjerg Martinsen 2013, p. 54.

182. De Blois, *Ars Aequi* 2014, p. 28; Fawcett 1971, p. 39-44.

vorm en inhoud van zijn rechtsorde kan bepalen, wetten kan vaststellen, zijn eigen politieke, sociale en economische systeem kan kiezen.<sup>183</sup> Door zich daarentegen wel te binden aan afspraken op EU-niveau bijvoorbeeld op sociaal terrein, beperken lidstaten hun soevereiniteit ten behoeve van de gehele Unie.<sup>184</sup> Daarbij moet overigens worden opgemerkt dat het interne en externe aspect nauw met elkaar verweven zijn; de hoogste macht van de staat over de eigen burgers kan immers alleen bestaan wanneer de overige staten of andere rechtssubjecten zich onthouden van bemoeienis met de interne verhoudingen in een staat.<sup>185</sup>

In samenhang met de ontwikkeling van de welzijnsstelsels tijdens het proces van de totstandkoming van de individuele natiestaten, is de soevereiniteit van lidstaten op sociaal terrein daarnaast ingegeven door de onderscheiden en bijzondere historische ontwikkeling in de lidstaten van sociale diensten. Een ontwikkeling die er ook heden ten dage nog voor zorgt dat de lidstaten deze diensten verschillend (wensen te) organiseren. Zo verschilt zowel de reikwijdte als de organisatie van sociale diensten van lidstaat tot lidstaat, afhankelijk van de mate van overheidsinterventie. Daarnaast kunnen behoeften en voorkeuren van gebruikers verschillen naar gelang de geografische, sociale en culturele situatie.<sup>186</sup> Het valt buiten het bestek van dit boek om diepgaand in te gaan op de verschillende welzijnsstelsels en gebruiken in de lidstaten; daarom worden hieronder slechts enkele voorbeelden aangehaald ter illustratie van de diverse verschillen die tussen de lidstaten bestaan. Er zal daarna uitgebreider worden stilgestaan bij enkele belangrijke Nederlandse historische ontwikkelingen, als die een rol kunnen spelen bij het denken in Nederland over goede zorg en een goede organisatie van sociale diensten zoals bedoeld in dit boek.

Een van de verschillen tussen lidstaten is het aanbod en het niveau aan sociale diensten: dat aanbod kan bijvoorbeeld groter zijn in landen waar de overheid relatief veel geld uitgeeft aan sociale diensten, zoals Nederland en Zweden, dan in landen waar de overheidsbijdrage voor sociale diensten veel kleiner is, zoals in enkele Oost/Centraal-Europese landen.<sup>187</sup> Daarbij wordt in laatstgenoemde landen een gedeelte van de sociale diensten ook wel gefinancierd door private sponsors.<sup>188</sup> Daarnaast bestaan er verschillen in de manier waarop de lidstaten die diensten organiseren. Zo kan sprake zijn van centrale of regionale organisatie van die diensten, zoals in meerdere EU-landen het geval is of is geweest, zoals in Frankrijk maar ook in Nederland lange tijd het geval was. In andere lidstaten, zoals in Zweden,

183. Zie De Blois 2014, p. 28.

184. Hierop spijt zich in feite ook de discussie tussen Polen en de EU toe, nadat het Grondwettelijk Hof in Polen de voorrang van EU-recht opzij schoof en nationaal recht boven EU-recht plaatste. Dit gaat in tegen deze belangrijke principes die de verhoudingen tussen staten en hun onderlinge soevereiniteit bepalen.

185. De Blois 2014, p. 28.

186. Zie hierover ook: *Gids Europese Commissie*, SWD(2013) 53 final/2, Q&A no. 5.

187. Zie bijv. de Eurostat statistieken 2007-2018 'Expenditure on social protection', via: <https://ec.europa.eu/eurostat/databrowser/view/tps00098/default/table?lang=en>. Zie verder Bauby 2013, p. 35; Koldinská 2013, p. 574; Wehlander & Madell 2013, p. 462 e.v.; zie bijv. ook de rapporten van de Europese Commissie *Uw socialezekerheidsrecht in Polen* (2012); *Your social security rights in Romania* (2019); *Uw socialezekerheidsrecht in Slowakije* (2012).

188. Zie bijv.: Koldinská 2013, p. 570.

geldt een lange traditie van het op lokaal niveau uitvoeren van deze diensten.<sup>189</sup> Ook worden deze diensten in sommige landen, bijvoorbeeld in Finland,<sup>190</sup> nog vooral door de overheid zelf uitgevoerd (inbesteden), en in andere landen, zoals in Nederland en Duitsland, met name als opdracht aan de markt verstrekt (uitbesteden).<sup>191</sup> Daarbij worden sociale diensten in sommige lidstaten uitgevoerd door commerciële partijen en in andere lidstaten nog vaak door non-profit organisaties. Zo speelde in Duitsland bij de uitvoering van sociale diensten lange tijd de *non-profit* sector een belangrijke rol<sup>192</sup> en kennen de Zuid-Europese landen als uitvloeisel van de historische context nog steeds een grote invloed van de kerk op het welzijnsstelsel; daar speelt daarnaast ook de familie een belangrijke rol bij het vervullen van deze taken.<sup>193</sup> In lidstaten in Oost- en Centraal-Europa zijn nog steeds invloeden van het totalitaire regime dat daar heeft geheerst terug te zien in de vormgeving en stand van het huidige welzijnsstelsel.<sup>194</sup> Zo ligt de uitvoering van de sociale diensten waarvoor de staat verantwoordelijk is, nog vaak bij publieke actoren en spelen daarnaast initiatieven en financiering van private sponsors nog een belangrijke rol.<sup>195</sup> De structuur waarbinnen sociale diensten worden georganiseerd en de wijze waarop de uitvoering is vormgegeven, is van oudsher van lidstaat tot lidstaat dus heel verschillend en ook de gebruiken en voorkeuren van gebruikers, de zorgontvangers, worden door deze historisch gevormde tradities beïnvloed.

### 2.2.2 Bijzondere historische context organisatie sociale zorg in Nederland: van particulier initiatief tot overheidstaak

De organisatie van sociale diensten in Nederland kent haar eigen bijzondere en historisch ontwikkelde context, waarvan nog steeds invloeden zichtbaar zijn in de huidige opvattingen rondom de organisatie van deze diensten. Hieronder worden uit de uitgebreide historische ontwikkelingen slechts enkele belangrijke elementen kort besproken die van invloed kunnen zijn op deze opvattingen.<sup>196</sup>

Van belang is allereerst dat de verantwoordelijkheid voor het organiseren en financieren van sociale diensten in Nederland pas in de tweede helft van de twintigste eeuw bij de overheid is komen te liggen. Daarvoor waren het vooral particulieren, verenigde burgers en kerken die zich verantwoordelijk voelden voor het lot van de armere en kwetsbare bevolking; zij boden deze diensten non-profit aan.<sup>197</sup> Opmerkelijk is daarbij dat de Armenwet van 1854 voorschreef dat de zorg voor armen

189. Wehlander & Madell 2013, p. 462-463.

190. Zie voor een vergelijking met het systeem in Finland uitgebreid in: Uenk 2019, p. 237 e.v.

191. Zie voor de organisatie van sociale diensten in Duitsland o.a.: Becker 2013, p. 503.

192. In Duitsland heeft de 'Diakonie' van oudsher een belangrijke rol gehad bij het organiseren van sociale diensten. Zie o.a. Becker 2013, p. 503; Frederieke Mussgnug, 'Treatment of social services procurement in Germany', presentatie op conferentie Global Revolution IX, Nottingham 2019.

193. Zie meer hierover: Costamagna 2013, p. 543.

194. Koldinská 2013, p. 574.

195. Koldinská 2013, p. 572, 575. Toch is dat ook aan het veranderen in Tsjechië als er steeds meer private ondernemingen in de steden actief zijn; zie bijv. ook: Uw socialezekerheidsrecht in Polen, rapport van de Europese Commissie 2012; Your social security rights in Romania, rapport van de Europese Commissie 2019; Uw socialezekerheidsrecht in Slowakije, rapport van de Europese Commissie 2012.

196. Voor meer achtergronden zie o.a.: Van der Linde 2016; Van der Linde 2013; Bijlsma & Janssen 2012.

197. Van der Linde 2016, p. 42 e.v.; zie daarover ook: Prak 1999, p. 132-136.

moest uitgaan van particulier initiatief en dat overheden slechts 'bij volstrekte onvermijdelijkheid' ondersteuning mochten verlenen.<sup>198</sup> De stedelijk overheden waren dan ook lange tijd beperkt in hun mogelijkheden om sociale diensten te organiseren.

Een belangrijke ontwikkeling die de vormgeving van het Nederlandse welzijnsstelsel vervolgens heeft beïnvloed, en mogelijk nu nog doorwerkt in de voorkeuren van de Nederlandse zorggebruikers, is de ontwikkeling naar een verzuild Nederland, met een verzuild aanbod van sociale diensten tot gevolg.<sup>199</sup> Onder invloed van het humanisme en de reformatie wordt deze ontwikkeling al in de zestiende eeuw ingezet, wat in de negentiende eeuw uitmondt tot het ontstaan van grofweg drie grote levensbeschouwelijke richtingen van waaruit sociale diensten worden aangeboden: liberaal, vrijzinnig-protestant (i), het orthodox-protestantse Réveil en de Inwendige Zending (ii), en katholiek (iii).<sup>200</sup> Het bestuur van de diverse instellingen die dan ontstaan, wordt in die tijd doorgaans gevormd door adellijke en notabele burgers, en de uitvoering is in handen van vrijwilligers.<sup>201</sup> In de negentiende eeuw bestaat er in Nederland dan een behoorlijk divers aanbod aan sociale diensten per levensbeschouwelijke richting: er worden sociale diensten aangeboden die betrekking hebben op de opvang en onderwijs voor blinden en doven, werkverschaffing, wijkverpleging, reclassering, kinderopvang, club- en buurthuiswerk, de eerste vormen van verslavingszorg, vrouwenhulpverlening, psychiatrie en verstandelijk-gehandicaptenzorg.<sup>202</sup> Er kan daarbij worden gesteld dat invloeden van dit verzuilde aanbod van zorg door diverse private partijen, nu nog steeds zijn terug te vinden in de maatschappelijke opvattingen, bijvoorbeeld als het gaat over het belang van keuzevrijheid voor de cliënt. In Nederland zijn we reeds langere tijd gewend aan een divers zorglandschap van allerlei levensbeschouwelijke kleur en aan tal van organisaties die in die sector actief zijn. In het licht van deze geschiedenis is de nadruk die nog steeds wordt gelegd op het belang van (een ruime) keuzevrijheid voor cliënten om te kiezen voor de zorgaanbieder van eigen voorkeur, dan ook goed te begrijpen.

In de loop van de twintigste eeuw wordt het organiseren van sociale diensten echter steeds meer een overheidstaak. Van belang voor deze ontwikkeling zijn allereerst de totstandkoming van een aantal sociale wetten rond 1900, zoals de invoering van de leerplicht, verschillende verzekeringswetten en het onder toezicht stellen van kinderen bij verwaarlozing door de ouders.<sup>203</sup> De Armenwet van 1912 verruimde daarbij de mogelijkheden van de lokale overheid om bijstand te verlenen. Toch is

198. Van der Linde 2016, p. 172-173. In de Grondwet van 1848 was wel een aanzet gedaan om van de armenzorg een overheidstaak te maken (het bevatte de zinssnede: 'Het Armbestuur is een onderwerp van aanhoudende zorg van de regering en wordt door de wet geregeld'), maar een grotere rol voor de overheid werd in die tijd hevig bediscussieerd.

199. Van der Linde 2016, p. 71 e.v. en zie p. 162 e.v.; zie ook: Oomkens, Hoogenboom & Knijn, *Administration & Society* 2015, p. 860.

200. Deze drie hoofdgroepen lopen dus niet helemaal gelijk met de vier zuilen zoals die later in de negentiende eeuw bestaan: de katholieke, liberale of neutrale, socialistische en protestants-christelijke zuil. Zie: Van der Linde 2016, p. 71 e.v. en p. 93 e.v. Zie verder ook: Janse 2007; Neij 1989.

201. Van der Linde 2016, p. 93 e.v.; Neij 1989.

202. Van der Linde 2016, p. 93 e.v.

203. Zie o.a.: Van der Linde 2016, p. 174 e.v. Zie ook: Van der Valk 1986, p. 238.

het pas met name met het ontstaan van de welvaartsstaat (1950-1965) en de verzorgingsstaat (1965), dat de landelijke overheid echt een hoofdrol krijgt bij het organiseren van het sociaal werk en het welzijnsstelsel, en deze in toenemende mate financieel gaat steunen.<sup>204</sup> Veelgebruikt rechtsinstrument daarvoor is in die tijd de subsidie. In deze verzorgingsstaat is daarbij het aanbod en de omvang van sociale diensten relatief groot.

In 1968 wordt de Algemene Wet Bijzondere Ziektekosten (AWBZ) aangenomen die voorziet in een landelijk verplicht verzekeringsstelsel voor langdurige zorg en geestelijke gezondheidszorg; in 1989 wordt ook de professionele zorg aan huis onder de AWBZ vergoed.<sup>205</sup> Onder deze wet is het de taak van de zorgverzekeraars om sociale diensten te organiseren op basis van financiën die ze verkrijgen vanuit een verplicht verzekeringsstelsel. De uitvoering van deze taak wordt vervolgens belegd bij regionale zorgkantoren.<sup>206</sup>

Onder invloed van deze ontwikkeling om sociale diensten als overheidsverantwoordelijkheid te beschouwen, worden deze diensten in de loop van de twintigste eeuw steeds meer op een centraal en regionaal niveau georganiseerd en ontstaan groot-schalige regionale en ideologisch neutrale instellingen, bijvoorbeeld in de thuiszorg.<sup>207</sup> Het proces van ontzuiling dat inmiddels op gang is gekomen en de bezorgdheid dat de bestaande organisaties te kleinschalig zijn om voldoende kwaliteit te garanderen, zorgden er namelijk voor dat rond 1970 onder druk van de overheid fusies plaatsvinden van tot dan toe verzuilde organisaties.<sup>208</sup> Tegelijkertijd wordt er in 1973 ook reeds gepleit voor decentralisatie van bepaalde sociale diensten. In een Knelpuntennota uit die tijd wordt de onbeheerste groei van activiteiten, regelingen, voorzieningen, instituties en subsidies op het welzijnsterrein aan de orde gesteld, en een decentrale aanpak voorgesteld.<sup>209</sup> Deze decentralisatie komt er echter pas met de Welzijnswet in 1987, op basis waarvan gemeenten verantwoordelijk worden voor taken als welzijn jeugd (dit is overigens niet hetzelfde als het huidige takenpakket onder de Jeugdwet), maatschappelijke dienstverlening en opvang, verslavingsbeleid en welzijn voor ouderen en gehandicapten. Dit kan worden gezien als één van de eerste grote decentralisaties, binnen het tot dan toe hoofdzakelijk centraal gestuurde stelsel van de Nederlandse verzorgingsstaat.<sup>210</sup> In 2007 en 2015 worden onder de Wmo, Jeugdwet en Participatiewet de decentralisaties doorgevoerd die hebben geleid tot de huidige situatie: alle sociale diensten vallen onder de verantwoordelijkheid van de gemeenten. In deze periode is in Nederland dan een zorglandschap ontstaan die bestaat uit een aantal grote en diverse kleine zorgorganisaties. De laatste jaren lijkt het aantal kleine organisaties bovendien verder toe te nemen.<sup>211</sup>

204. Zie o.a.: Van der Linde 2016.

205. Oomkens, Hoogenboom & Knijn, *Administration & Society* 2015, p. 867.

206. Uenk 2019, p. 50 e.v.

207. Oomkens, Hoogenboom & Knijn, *Administration & Society* 2015, p. 866.

208. Zie Van der Linde 2016, p. 291 e.v.; Oomkens, Hoogenboom & Knijn, *Administration & Society* 2015, p. 866.

209. Knelpunten-nota 1974.

210. Kwekkeboom 1994; Van der Veer, Schalk & Gilsing, *Beleid en Maatschappij* 2011, p. 266. Zie ook Van der Linde 2016, p. 408.

211. Zie bijv.: Statistieken CBS, Zorginstellingen; kerncijfers, via: <https://opendata.cbs.nl/statline/#/CBS/nl/dataset/83652NED/table?fromstatweb> (laatst gezien 30 aug. 2021) en vergelijk de cijfers van 2015-2019.

Wat betreft het huidige aanbod en de omvang van sociale diensten, is ten slotte belangrijk te noemen dat in het begin van de jaren tachtig ook de schaduwkanten van de verzorgingsstaat zichtbaar worden: de ongebreidelde groei en de (on)betaalbaarheid van de verzorgingsstaat bij een teruggang in de economie.<sup>212</sup> Later komt daar ook steeds meer de problematiek van de vergrijzing van de bevolking bij. Er wordt in die tijd dan ook een ingrijpend bezuinigingsprogramma doorgevoerd, met een versoering van de voorzieningen op sociaal terrein tot gevolg. Daarnaast wordt het toezicht op de zorgaanbieders door de overheid versterkt. Instellingen worden beoordeeld aan de hand van striktere beoordelingsregels en er moet meer verantwoording worden gegeven over de verstrekte voorzieningen.<sup>213</sup>

Ingegeven door de bezuinigingen van die tijd verandert bovendien het concept ‘verzorgingsstaat’ vanaf 1984 langzaam in het concept van de ‘zorgzame samenleving’ dat inhoudt dat burgers meer zelf verantwoordelijk moeten zijn voor eigen leven en omgeving, en wat later is aangeduid als de ‘participatiesamenleving’.<sup>214</sup> Er komt sindsdien dan ook meer nadruk te liggen op de zelfredzaamheid van de burger: wat kan de burger nog zelf, eventueel met hulp van zijn netwerk. Gedurende deze tijd, waarin enerzijds de overheid inzet op betere verantwoording door zorgaanbieders over de verstrekte voorzieningen en anderzijds ook de burger steeds mondiger is geworden, wordt het belang van keuzevrijheid voor cliënten vooral ingegeven door de wens om te kunnen kiezen voor de kwalitatief beste zorgaanbieder in de opinie van de burger(s), bijvoorbeeld de zorgaanbieder met de beste beoordelingen of de meeste voorzieningen.<sup>215</sup> Ook de behoefte aan keuzevrijheid voor een zorgaanbieder met een bepaalde levensbeschouwelijke kleur bestaat nog steeds. Het versoerde aanbod sinds de bezuinigingen van de jaren tachtig en het proces vanaf de jaren negentig om ouderen zo lang mogelijk thuis te laten wonen en verzorgen in plaats van in verpleeg- en bejaardentehuizen, is daarbij een grote verandering voor de huidige generatie ouderen die leefden in – en hebben bijgedragen aan – de verzorgingsstaat en gewend zijn aan de keuze uit verschillende instellingen voor bijvoorbeeld bejaardenzorg.

### 2.3 GEDEELDE BEVOEGDHEDEN EU OP SOCIAAL TERREIN: LIDSTATEN BEHOUDEN SOEVEREINITEIT

Lidstaten wensen op het terrein van het organiseren van sociale diensten dus hun soevereiniteit te behouden, zodat zij de vrijheid hebben om deze diensten te organiseren op een wijze die past binnen de historische context en de voorkeuren van de gebruikers. Toch hebben de lidstaten op dit terrein ook bevoegdheden aan de EU overgedragen. De EU heeft namelijk op grond van artikel 4 VWEU gedeelde bevoegdheden met de lidstaten op sociaal terrein. In deze paragraaf staan deze

212. Zie over de wijzigingen die sindsdien hebben plaatsgevonden ook: Vrooman 2021, p. 323-347.

213. Oomkens, Hoogenboom & Knijn, *Administration & Society* 2015, p. 867.

214. Dat wat bedoeld wordt met de term participatiesamenleving, werd eerder reeds aangeduid als de ‘zorgzame samenleving’ en ‘participatiemaatschappij’ (reeds geïntroduceerd door het CDA in respectievelijk 1984 en 1991). De participatiesamenleving kreeg als term pas echt bekendheid na de troonrede van 2013. Zie ook in Van der Linde 2016, p. 393 e.v.

215. Zie over de behoefte aan keuzevrijheid o.a.: Uenk 2019, p. 104.

specifieke EU-bevoegdheden centraal. Duidelijk is daarbij terug te zien dat de EU de hiervoor besproken historische context van de lidstaten respecteert en zij tot nog toe nauwelijks optreedt op dit gebied. In paragraaf 2.5 zal blijken dat het met name de EU-bevoegdheden rondom de interne markt zijn op basis waarvan de organisatie van sociale diensten in de lidstaten alsnog te maken krijgt met EU-regulering. Daarbij dient overigens te worden opgemerkt dat het in deze paragraaf gaat om de EU-bevoegdheden die de volksgezondheid betreffen ten aanzien van diensten rondom ‘care’ (de ondersteuning van hulpbehoevende mensen en hun welzijn) en niet van ‘cure’ (diensten gericht op genezing van patiënten); de bevoegdheden en het handelen van de EU zijn op deze terreinen heel verschillend en moeten dus nadrukkelijk van elkaar worden onderscheiden.<sup>216</sup>

### 2.3.1 Grondslag EU-bevoegdheden voor sociale diensten

Op grond van artikel 4 lid 2 sub b VWEU hebben de EU en de lidstaten gedeelde bevoegdheden op sociaal terrein. Op grond van artikel 2 lid 2 VWEU betekenen de gedeelde bevoegdheden op sociaal terrein dat zowel de EU als de lidstaten op dit terrein wetten mogen maken. Daarbij geldt dat de lidstaten hun bevoegdheid mogen uitoefenen voor zover de EU haar bevoegdheid niet heeft uitgeoefend en in gevallen waarin de EU besloten heeft haar bevoegdheid niet meer uit te oefenen.

Als het gaat om de verdeling van bevoegdheden tussen de EU en de lidstaten is het beginsel van bevoegdheidstoedeling van artikel 5 VEU van belang. Dit beginsel houdt in dat de EU alleen kan optreden voor zover lidstaten op een bepaald terrein bevoegdheden geheel of gedeeltelijk aan de EU hebben toebedeeld.<sup>217</sup> Lidstaten kunnen een exclusieve bevoegdheid toekennen, dat is bijvoorbeeld het geval voor de gemeenschappelijke handelspolitiek, maar kunnen dus ook een gedeelde bevoegdheid aan de EU toebedelen, zoals op sociaal terrein het geval is. De uitoefening van deze bevoegdheden wordt vervolgens beheerst door het subsidiariteits- en evenredigheidsbeginsel. Kortgezegd houdt dit in dat de EU alleen kan optreden als het een terrein betreft waarop zij bevoegdheden heeft op basis van de EU-Verdragen en, tenzij het een exclusieve bevoegdheid betreft, alleen wanneer dat noodzakelijk is. Ook mag het optreden niet verder gaan dan noodzakelijk is voor de doelstellingen uit het Verdrag. Verder zijn in Protocol nr. 2 bij de EU-Verdragen betreffende de toepassing van de beginselen van subsidiariteit en evenredigheid in artikel 5 richtsnoeren neergelegd aan de hand waarvan kan worden bepaald of aan deze voorwaarden is voldaan.<sup>218</sup> Regelgeving die de EU vaststelt voor sociale diensten moet op grond hiervan dan ook worden getoetst aan de vraag of de doelstelling

216. Zie over het onderscheid tussen deze begrippen, ook hoofdstuk 1, par. 1.5. Anders dan bij sociale diensten (sociaal beleid), ligt de hoofdverantwoordelijkheid voor bescherming van de gezondheid (cure), en in het bijzonder van de zorgstelsels, geheel bij de lidstaten. De EU speelt daarbij slechts een ondersteunende/stimulerende rol (zie o.a. art. 6 en 168 VWEU).

217. Zie hierover meer in o.a.: Van den Brink 2017, p. 251-275. Zie verder: Prechal & Widdershoven 2017, p. 8.

218. Zie voor een voorbeeld: HvJ EU 18 juni 2015, C-508/13, ECLI:EU:C:2015:403 (*Estland/Parlement en Raad*), r.o. 44.

van de regulering onvoldoende door de lidstaten kan worden verwezenlijkt, en daarom beter door de Unie kan worden bereikt.<sup>219</sup>

Opmerking verdient hier dat het subsidiariteitsbeginsel in 1992 ‘pas’ in het toenmalige EG-Verdrag is opgenomen en wel op verzoek van de lidstaten om de verdeling van hun bevoegdheden met de EU duidelijk af te bakenen en hun eigen terreinen en bevoegdheden veilig te stellen. De versteviging van het subsidiariteitsbeginsel kan daarbij worden gezien als een reactie op de toenemende reikwijdte van EU-bevoegdheden, met name als het gaat over de totstandkoming van een interne markt. Meer specifiek kan deze ontwikkeling worden gezien als een reactie op de ruime interpretatie van de verdragsvrijheden door de Europese rechter en bijvoorbeeld door de vaststelling van de Europese Akte in 1986.<sup>220</sup> In artikel 4 lid 2 VEU is het subsidiariteitsbeginsel nog verder verstevigd door het opnemen van het beginsel van lokale autonomie.<sup>221</sup> Het subsidiariteitsbeginsel krijgt hierdoor meer gewicht als besluiten zo dicht mogelijk bij de burgers dienen te worden genomen en de lokale en regionale niveaus een belangrijkere stem krijgen bij de besluiten van de EU.<sup>222</sup>

Een nadere rechtsgrondslag voor de gedeelde verantwoordelijkheid van de EU en de lidstaten bij het organiseren van sociale diensten, is vervolgens te vinden in artikel 14 VWEU.<sup>223</sup> Op grond van dit artikel is het namelijk de gedeelde verantwoordelijkheid van zowel de EU als de lidstaten, zorg te dragen voor het juist functioneren van ‘diensten van algemeen economisch belang’ (hierna ook: DAEB). Onder het concept DAEB, dat in paragraaf. 2.4 verder zal worden besproken, vallen ook de sociale diensten zoals bedoeld in dit boek. Op grond van dit artikel kunnen op EU-niveau dan ook maatregelen worden genomen die bijvoorbeeld de goede organisatie van sociale diensten in de lidstaten betreffen.

Ten slotte heeft de EU op grond van artikel 153 VWEU ook ondersteunende bevoegdheden op sociaal terrein, bijvoorbeeld voor de integratie van personen die van de arbeidsmarkt zijn uitgesloten en de modernisering van de stelsels voor sociale bescherming. Op dit terrein kan de Unie bovendien maatregelen aannemen die erop gericht zijn de samenwerking tussen de lidstaten aan te moedigen, bijvoorbeeld door middel van initiatieven ter verbetering van de kennis, ontwikkeling van de uitwisseling van informatie en bevordering van innoverende benaderingswijzen en kan de Unie door middel van richtlijnen minimumvoorschriften vaststellen.

219. Een voorbeeld waarin dit beginsel wordt uitgelegd en getoetst door het HvJ EU is te vinden in het arrest *Philip Morris Brands e.a.* van het HvJ EU 4 mei 2016, C-547/14, ECLI:EU:C:2016:325, r.o. 213 e.v. De vraag was o.a. of de EU bevoegd was de Richtlijn 2014/40/EU (productie, presentatie en verkoop van tabaks- en aanverwante producten) vast te stellen.

220. *PbEG* nr. 169/1; zie daarover o.a.: Wehlander 2016, p. 6.

221. Zie art. 4 lid 2 VEU waarin een expliciete erkenning van de lokale en regionale structuren van de lidstaten is neergelegd. Zie ook reeds in het Europees Handvest inzake lokale autonomie van 1985.

222. Comité van de Regio's 2010, p. 2.

223. COM(2006) 177 def., p. 3; zie verder: COM(2007) 725 def. Zie hierover: Amtenbrink & Van de Gronden, *SEW* 2008/146, p. 323-329. Zie over de totstandkoming van dit artikel reeds in 1996 met het Verdrag van Amsterdam (art. 16 EG), o.a.: Ross, *ELR* 2000; Knook, *NtEr* 2013.



### 2.3.2 Geen specifieke EU-regulering op sociaal terrein: veel vrijheid lidstaten

Nadere EU-regulering voor sociale diensten zal dus moeten worden getoetst aan het subsidiariteits- en evenredigheidsbeginsel en gebaseerd moeten worden op art. 4 lid 2 sub b en art. 14 VWEU. Van belang is echter dat op het terrein van sociale diensten de EU geen harmonisatie van de sector heeft doorgevoerd zoals bijvoorbeeld wel het geval is bij de telecomsector, de postsector en de energiesector. Er hoeft op dat punt dan ook geen toets plaats te vinden of een regeling in overeenstemming is met het beginsel van bevoegdheidstoedeling als hiervoor besproken. Het is daarentegen in beginsel aan de lidstaten en hun centrale, regionale of decentrale overheden om te bepalen hoe hun sociale stelsel eruit ziet: wat zij aanmerken als van algemeen belang, wat daarmee het aanbod aan sociale diensten moet zijn, aan wie de verantwoordelijkheid wordt opgedragen te voorzien in de sociale diensten, wat de kwaliteit van de diensten moet zijn en of de diensten door de overheid of door de markt zullen worden uitgevoerd. In Nederland is deze vrijheid bijvoorbeeld gebruikt om de belangen en behoeften voor diensten in het sociaal domein vast te leggen in de Jeugdwet, Participatiewet en de Wmo 2015 en aan gemeenten de taak op te dragen deze diensten voor haar burgers te organiseren.<sup>224</sup> De gemeente is verantwoordelijk voor het aanbod, de kwaliteit en de financiering van deze diensten, en daarmee is er in Nederland voor gekozen om van het organiseren van sociale diensten een publieke taak te maken.

De vrijheid voor lidstaten om binnen de verdeling van bevoegdheden op EU-niveau te bepalen wat zij als van algemeen belang aanmerken en hoe zij vervolgens hun sociale stelsels organiseren, bijvoorbeeld door ervoor te kiezen alleen ondernemingen zonder winst oogmerk toe te laten of te kiezen voor inbesteden dan wel uitbesteden, is ook erkend in de jurisprudentie van het HvJ EU.<sup>225</sup> Zo heeft het HvJ EU meermaals geoordeeld dat 'het gemeenschapsrecht de bevoegdheid van de Lidstaten om hun stelsels van sociale zekerheid in te richten, onverlet laat'.<sup>226</sup> Daarbij moet echter in het oog worden gehouden dat de wijze waarop de diensten worden georganiseerd, vervolgens kan raken aan diverse EU-regulering van de interne markt (paragraaf 2.5).

Hoewel er geen nadere EU-regulering bestaat voor sociale diensten, zijn daartoe wel regelmatig pogingen gedaan in het kader van EU-regulering van DAEB's, die ook gevolgen zouden hebben gehad voor sociale diensten. Zo is destijds, naar aanleiding van het Groenboek over Diensten van Algemeen Belang van 2003, een voorstel gedaan voor een Kaderrichtlijn voor DAEB's. Daarin zouden onder meer de beginselen worden neergelegd volgens welke diensten van algemeen economisch

224. Zie bijv. art. 2.1.1 Wmo 2015.

225. Zie bijv.: HvJ EG 17 juni 1997, C-70/95, ECLI:EU:C:1997:301 (*Sodemare*); zie als het gaat over de keuzevrijheid wat betreft in- of uitbesteden o.a.: HvJ EG 15 januari 1998, C-44/96, ECLI:EU:C:1998:4 (*Mannesmann*), r.o. 24; HvJ EU 21 december 2016, C-51/15, ECLI:EU:C:2016:985 (*Remondis*), r.o. 38-39; HvJ EU 3 oktober 2019, C-285/18, ECLI:EU:C:2019:829 (*Irgita*), r.o. 44-45. Zie hierover ook: Manunza 2010<sup>a</sup>; Manunza 2010<sup>b</sup>; Manunza, TA 2013, p. 200-207; Janssen 2018, p. 41 e.v.

226. Zie o.a.: *Sodemare*, r.o. 27; HvJ EG 7 februari 1984, zaak 238/82 ECLI:EU:C:1984:45 (*Duphar*), r.o. 16; HvJ EG 7 februari 1993, gevoegde zaken C-159/91 en C-160/91, ECLI:EU:C:1993:63 (*Poucet en Pistre*), r.o. 6; zie meer recent: HvJ EU 11 december 2014, C-113/13, ECLI:EU:C:2014:2440 (*Spezzino*), r.o. 55; HvJ EU 28 januari 2016, C-50/14, ECLI:EU:C:2016:56 (*CASTA*), r.o. 59.

belang zouden moeten worden aangeboden, zoals: de verlening van universele diensten, het vereiste van continuïteit, eisen betreffende kwaliteit, betaalbaarheid en consumentenbescherming.<sup>227</sup> Verder is door de PSE-fractie van het Europees Parlement in die tijd een concreet voorstel gedaan voor een ontwerp-kaderrichtlijn over diensten van algemeen economisch belang.<sup>228</sup> Interessant is daarbij op te merken dat EU-regulering op dit terrein werd voorgesteld als tegenwicht voor voortschrijdende EU-bevoegdheden op het terrein van de interne markt. Zo vormde laatstgenoemd initiatief een politiek tegenwicht voor de toen op handen zijnde Dienstenrichtlijn. De meer progressieve/sociale politieke stroming die zich op EU-niveau inzet voor de bescherming van de eigen nationale publieke voorzieningen in de lidstaten, zag – vanwege de hiërarchie van EU-recht boven nationaal recht – een noodzaak om op gelijk niveau als de interne marktregulering, regulering vast te stellen die juist de belangen van de nationale publieke diensten zou beschermen.

De meningen over een dergelijke Kaderrichtlijn waren echter verdeeld en omdat de meeste lidstaten tegen waren, is deze Kaderrichtlijn er dan ook nooit gekomen.<sup>229</sup> In plaats daarvan is uiteindelijk in 2007 – op Nederlands initiatief – Protocol nr. 26 aan het EU-Verdrag gehecht. In feite is met dit protocol de strekking van de bedoelde kaderrichtlijn heel summier opgenomen in de bijlage bij de EU-Verdragen.<sup>230</sup> In dit protocol zijn namelijk de belangrijkste gedeelde waarden als bedoeld in artikel 14 VWEU opgenomen, te noemen:

- ‘de essentiële rol en de ruime bevoegdheid van de nationale, regionale en lokale autoriteiten om diensten van algemeen economisch belang te verrichten, te machtigen en te organiseren op een manier die zoveel mogelijk in overeenstemming is met de behoeften van de gebruikers;
- de diversiteit tussen verschillende diensten van algemeen economisch belang en de verschillen in de behoeften en voorkeuren van de gebruikers die kunnen voortvloeien uit verschillende geografische, sociale of culturele omstandigheden;
- een hoog niveau van kwaliteit, veiligheid en betaalbaarheid, gelijke behandeling en de bevordering van de algemene toegang en van de rechten van de gebruiker’.<sup>231</sup>

Hierin is dus enerzijds veel nadruk gelegd op de vrijheid van lidstaten om diensten van algemeen economisch belang te organiseren in overeenstemming met hun traditie en met de voorkeuren van de gebruikers, en zijn anderzijds ook gedeelde waarden vastgelegd. Dit laatste komt er echter op neer dat alleen wanneer in EU-wetgeving nadere standaarden van deze aspecten van kwaliteit, veiligheid, betaalbaarheid en toegankelijkheid worden neergelegd, de lidstaten daaraan gebonden

227. SEC(2004) 326, p. 13-15; zie voor het Groenboek: COM(2003)270 def.

228. Rapport PSE-fractie 2006, *Een nieuwe impuls voor de publieke diensten in Europa rechtszekerheid, lokale autonomie en garanties voor de burger*. Zie hierover ook: Drijber, *SEW 2007*, 129, p. 258-264.

229. Zie SEC(2004) 326, p. 13-15. Zie dan ook het besluit van de Commissie om geen voorstel te doen en de kwestie later te onderzoeken, in: Witboek over Diensten van Algemeen Belang, COM(2004) 374, p. 13. Zie hierover ook: Drijber, *SEW 2007*, 129; Van de Gronden, *SEW 2007*, 10, p. 420.

230. Sauter, *Markt en Mededinging* 2008, p. 5. Zie verder: COM(2007) 725 def.

231. Protocol nr. 26 lid 1.

zijn. Voor het overige beschikken de lidstaten nog steeds over een ruime beoordelingsmarge op deze punten. Juist door de ruimte voor de nationale rol daarin te benadrukken wordt de organisatie van deze diensten met dit artikel dan ook vooral aan de lidstaten overgelaten. In artikel 2 Protocol nr. 26 is daarnaast neergelegd dat de bepalingen van de Verdragen op generlei wijze afbreuk doen aan de bevoegdheid van de lidstaten om niet-economische diensten van algemeen belang te verrichten, te machtigen en te organiseren. Op het terrein van de niet-economische activiteiten heeft de EU namelijk geen bevoegdheden, ook niet als het gaat om de interne markt – artikel 14 VWEU spreekt niet voor niets over diensten van algemeen *economisch* belang (*cursivering auteur*). Of sociale diensten ook niet-economische activiteiten kunnen zijn, wordt in paragraaf 2.6 in het kader van de EU-bevoegdheden rondom de interne markt besproken.

Sinds de toevoeging van het protocol heeft de Europese Commissie (hierna ook: EC of de Commissie) zich er met name op toegelegd de EU-regulering die van toepassing kan zijn op diensten van algemeen economisch belang, zoals sociale diensten, verder te verduidelijken en het belang van een goede organisatie van zorg in de lidstaten te benadrukken.<sup>232</sup> Daarnaast is ook een facultatief Europees kwaliteitskader voor sociale diensten vastgesteld.<sup>233</sup> Zoals de naam al zegt betreft dit een vrijwillig kader voor lidstaten om sociale diensten van goede kwaliteit te realiseren. De EU heeft dus geen nadere regulering voor sociale diensten vastgesteld en het is voornamelijk aan de lidstaten om deze diensten binnen hun sociale stelsels vorm te geven.<sup>234</sup> Dit betekent dan ook dat de Nederlandse overheid en ook gemeenten – voor zover zij daartoe ruimte krijgen van de landelijke overheid – veel soevereiniteit bezitten om deze diensten vorm te geven.

Daarbij past nog wel een kleine kanttekening. Hoewel deze soevereiniteit op het eerste gezicht past bij de wens om rekening te kunnen houden met nationale behoeften en voorkeuren bij de vormgeving van sociale diensten, verdient met het oog op het voorgaande namelijk aandacht dat juist het opstellen van een uniforme Europese regeling voor dergelijke diensten, ertoe kan leiden dat belangrijke kernbeginselen van sociale diensten op EU-niveau moeten worden meegenomen, bijvoorbeeld bij toepassing van de interne marktregels. Een uniforme EU-regeling waarin kernwaarden van sociale diensten, zoals de continuïteit, kwaliteit, toegankelijkheid, betaalbaarheid en beschikbaarheid, zijn opgenomen, zou daarbij voor een stevig fundament kunnen zorgen op basis waarvan interne marktregulering die deze kernwaarden belemmert of waardoor deze kernwaarden in het gedrang komen, opzij moet worden gezet. Mogelijk zou het opnemen van deze kernwaarden van goede zorg in het EU-recht dan ook een grondslag kunnen vormen voor het uitzonderen van bepaalde diensten van een EU-aanbestedingsverplichting op het moment dat blijkt dat een dergelijke verplichting haaks staat op dergelijke waarden die een goede organisatie van zorg beogen; ik denk dan in het bijzonder aan be-

232. Zie o.a.: SEC(2010) 1545 final; SWD(2013) 53 final/2.

233. Een facultatief Europees kwaliteitskader voor sociale diensten van 16 november 2010, Comité voor sociale bescherming, SPC/2010/10/8 def.

234. Zie o.a. ook Sindbjerg Martinsen 2013, p. 54.

paalde vormen van jeugdzorg.<sup>235</sup> Tegelijk wil ik er op wijzen dat een dergelijke grondslag mogelijk ook kan worden gevonden in de EU-regulering van de interne markt zelf, omdat deze sinds 2009 ziet op een sociale markteconomie, waarbij rekening kan worden gehouden met deze kernwaarden en waarbij ruimte bestaat voor uitzonderingen met het oog op het realiseren van deze kernwaarden rondom goede (organisatie van) zorg. Daarover meer in paragraaf 2.5.

Ten slotte is nog van belang erop te wijzen dat op EU-niveau het welzijn van de burgers van de EU een belangrijke plaats inneemt. Zo zijn in het Handvest van de Grondrechten van de EU (hierna ook: Hv) en in de doelstellingen van het Verdrag diverse bepalingen opgenomen die de goede organisatie van de sociale stelsels van de lidstaten beogen. Zo worden in de art. 24 tot en met 26 Hv rechten toegekend aan respectievelijk kinderen, ouderen en mensen met een handicap, in art. 33 aan gezinnen en is in art. 34 neergelegd dat de Unie het recht op toegang erkent en eerbiedigt tot socialezekerheidsvoorzieningen en sociale diensten die bescherming bieden in gevallen zoals moederschap, ziekte, arbeidsongevallen, afhankelijkheid of ouderdom, alsmede bij verlies van arbeid.<sup>236</sup> Daarbij is van belang dat het Handvest op grond van art. 6 (1) VEU dezelfde juridische waarde heeft als de Verdragen.<sup>237</sup> Op grond van art. 51 Hv zijn de EU-lidstaten gehouden de grondrechten uit het Handvest te respecteren wanneer zij het recht van de Unie ten uitvoer brengen.<sup>238</sup> Naast het Handvest zijn verder ook in de EU-Verdragen bepalingen te vinden die het welzijn van EU-burgers en de zorg voor kwetsbare groepen op het oog hebben. Zo ziet de hoofddoelstelling van de EU ook op het bevorderen van het welzijn van haar volkeren.<sup>239</sup> De EU onderstreept dus richting de lidstaten het belang van goede sociale diensten, maar laat het vooral aan de lidstaten om daaraan uitvoering te geven.

#### 2.4 INGEZOOMD: DE EU-CONCEPTEN DAEB EN SDAB EN HUN RELEVANTIE VOOR DE ORGANISATIE VAN SOCIALE DIENSTEN IN NEDERLAND

EU-bevoegdheden op sociaal terrein spelen dus nauwelijks een rol bij het organiseren van sociale diensten door de lidstaten. Op dit terrein is vooral sprake van nationale soevereiniteit. Pogingen om in EU-regulering op dit terrein te voorzien werden daarbij ingegeven als tegenwicht tegen (voortschrijdende) EU-bevoegdheden voor-

235. Jeugdzorg is als voorbeeld niet willekeurig gekozen, als voornamelijk bij jeugdzorg in de politiek en maatschappij wel de vraag wordt gesteld of een EU-aanbestedingsverplichting belangrijke kernwaarden zoals continuïteit en de kwaliteit van deze diensten in het gedrang brengt. Zie bijv.: *Kamerstukken II 2018/19, 35105, nr. 2* (initiatiefvoorstel wijziging Aanbestedingswet), *Kamerstukken II 2018/19, 35105, nr. 3* (memorie van toelichting). Zie o.a.: 'Verzet tegen aanbesteden jeugdzorg: 'Kinderen schieten er niks mee op', artikel Nieuwsuur (NOS). Op dit voorbeeld kom ik hierna nog terug.

236. In de bewoordingen van art. 34, maar ook van art. 36 Hv is daarbij duidelijk terug te zien dat het een gedeelde bevoegdheid van de EU en de lidstaten betreft.

237. Zie hierover ook: Manunza & Bouwman 2015<sup>a</sup>, p. 28; Manunza e.a. 2021, p. 44.

238. Zo overweegt het Hof in de zaak *Pfleger* (Hv) EU 30 april 2014, C-390/12, ECLI:EU:C:2014:281, r.o. 36) dat een lidstaat, die een nationale maatregel introduceert waarmee het vrije verkeer op de interne markt wordt belemmerd, onder de reikwijdte van het EU-Handvest valt en derhalve gehouden is om zich aan deze grondrechten te houden.

239. Zie art. 3 lid 1 VEU, waarin het bevorderen van het welzijn van de burgers van de Unie als doel van de Unie is geformuleerd.

namelijk op het terrein van de interne markt. Zoals reeds kort naar voren kwam zijn het namelijk vooral de interne marktbevoegdheden van de EU die de vrijheid van lidstaten op dit terrein kunnen beperken en ervoor kunnen zorgen dat gemeenten in Nederland bij het organiseren van sociale diensten, EU-regulering in acht moeten nemen.

Voordat in de volgende paragraaf wordt ingegaan op deze bevoegdheden van de EU, is het echter nuttig kort in te gaan op de EU-concepten diensten van algemeen economisch belang (DAEB) en sociale diensten van algemeen belang (SDAB). Hiervoor kwam het concept DAEB reeds naar voren in het kader van art. 14 VWEU en het protocol no. 26.<sup>240</sup> Het concept SDAB, dat onder DAEB valt als het gaat om sociale diensten van economische aard, omvat de sociale diensten als bedoeld in dit boek. Gemeenten die sociale diensten organiseren, kunnen dan ook te maken krijgen met deze concepten. Aangezien de relevantie van deze concepten echter in die zin beperkt is dat ook voor deze diensten van algemeen economisch belang steeds naar de specifieke EU-regulering die op de instrumenten van toepassing is moet worden gekeken, ga ik slechts globaal op deze concepten in.<sup>241</sup> Daarbij verdient opmerking dat deze concepten in de lidstaten in die bewoordingen ook nauwelijks worden gebruikt.<sup>242</sup>

Het is vooral in *soft law*,<sup>243</sup> niet bindende maar wel richtinggevende adviezen en gidsen, van de Europese Commissie waarin veel aandacht wordt besteed aan de concepten DAEB en SDAB.<sup>244</sup>

Allereerst is dan van belang dat de EC in haar *soft law* verduidelijkt wat onder DAEB en SDAB moet worden verstaan. Volgens de EC zijn DAEB's: 'economische activiteiten die het algemeen belang dienen en die de markt, zonder het overheids-optreden, anders niet (of niet onder dezelfde voorwaarden inzake objectieve kwaliteit, veiligheid, betaalbaarheid, gelijke behandeling of algemene toegang) had verricht'.<sup>245</sup> DAEB's, zijn dus diensten die zich door hun specifieke kenmerken onderscheiden van andere economische activiteiten en daarom aan overheidsop-treden worden onderworpen.<sup>246</sup> Er wordt dan ook wel gesteld dat het bij deze acti-

240. Het concept komt verder ook voor in art. 106 lid 2 VWEU en in het Handvest. Zie meer o.a.: Sauter, *E.L.J.* 2015; Fiedziuk, *E.L. Rev.* 2011; Rodrigues, *E.J.S.L.* 2011.

241. Binnen die regulering is dan in meerdere (bijv. in het staatssteunrecht) of mindere mate (in het aanbestedingsrecht wordt het concept *an sich* nauwelijks gebruikt) aandacht voor (S)DAEB's.

242. Zie o.a.: Bauby 2013, p. 38; Wehlander 2013, p. 464. In Nederland zijn er wel diverse handreikingen over de begrippen en hun betekenis gedaan, zie bijv.: Handreiking Diensten van Algemeen Economisch Belang 2014.

243. Zie over *soft law* en de betekenis ervan, o.a.: Senden 2004; Prechal & Widdershoven 2017, p. 10. Zie ook kort in hoofdstuk 1, par. 1.4.

244. Zie o.a.: Mededeling van de Commissie over diensten van algemeen belang in Europa, *PbEG* 2001, C-17/4; COM(2003) 270 def. (Groenboek), COM(2004) 374 (Witboek); COM(2006) 177 def. *Gids Europese Commissie*, SWD(2013) 53 final/2. Zie daarover: Aalbers & Hessel, *Gemeentestem* 2012, nr. 82, p. 398-406.

245. *Gids Europese Commissie*, SWD(2013) 53 final/2, Q&A 2.

246. *Gids Europese Commissie*, SWD(2013) 53 final/2, Q&A 2; zie ook: HvJ EG 10 december 1991, C-179/90, ECLI:EU:C:1991:464 (*Merci convenzionali porto di Genova SpA*), r.o. 27; HvJ EG 17 juli 1997, C-242/95, ECLI:EU:C:1997:376 (*GT-Link AS/Danske Statsbaner (DSB)*), r.o. 53; HvJ EG 18 juni 1998, C-266/96, ECLI:EU:C:1998:306 (*Corsica Ferries France SA*), r.o. 45.

viteiten moet gaan om marktfalen.<sup>247</sup> Waar de markt niet voldoende voorziet in de noodzakelijk geachte diensten, is het nodig dat de overheid intervenueert en marktpartijen in het publieke belang belast worden om in die diensten te voorzien.<sup>248</sup> Ook bij de organisatie van sociale diensten in Nederland kan worden gesteld dat hiervan sprake is: het overheidsoptreden is noodzakelijk om voldoende sociale diensten van goede kwaliteit voor alle burgers beschikbaar te hebben. Daarbij geldt dat de wijze van organisatie van sociale diensten in Nederland los daarvan echter ook is ingegeven vanuit een solidariteitsbeginsel: er bestaat een maatschappelijke wens om deze diensten voor alle hulpbehoevende burgers beschikbaar te hebben. Vanuit deze solidariteitsgedachte vloeit dan ook voort dat de Nederlandse overheid in deze diensten voorziet en ze betaalt. Het overheidsoptreden is dus niet enkel het resultaat van marktfalen in bovenbedoelde zin. Er kan bij sociale diensten zoals ze in Nederland worden georganiseerd, met Hatzopoulos ook wel worden gesproken van *merit goods*: diensten waarvan men vindt dat ze voor iedereen beschikbaar moeten zijn, ongeacht frequentie van gebruik en de daarmee samenhangende prijs.<sup>249</sup> Dat is de reden waarom in Nederland de overheid in deze diensten voorziet. Op het moment dat overheden deze taak vervolgens door derden willen laten uitvoeren, dan komt EU-interne marktregulering om de hoek kijken. Bij het kiezen van instrumenten om dat te doen, moet namelijk met dit EU-recht rekening worden gehouden.

Opmerking verdient dat een DAEB moet worden onderscheiden van diensten van algemeen belang die niet-economisch zijn. Zoals hiervoor reeds kort opgemerkt vallen niet-economische activiteiten niet onder de EU-bevoegdheden. Niet-economische activiteiten vallen dan ook buiten de EU-internemarktregels en het EU-aanbestedingsrecht. Daarom werd in het Verdrag dan ook het concept DAEB opgenomen, waaraan de 'E' van economisch is toegevoegd. Dit zijn de diensten die relevant zijn bij de vraag naar EU-bevoegdheden zoals bedoeld in dit hoofdstuk. In paragraaf 2.6 zal dieper in worden gegaan op het onderscheid tussen economische en niet-economische activiteiten en wanneer een activiteit als niet-economisch kan worden aangemerkt. Hier is van belang alvast op te merken dat het sociale karakter van de dienst niet uitsluit dat het gaat om een economische activiteit. Het gaat namelijk veel meer om de wijze waarop de activiteit in een lidstaat is georganiseerd: wordt of kan de dienst in een concurrentiesituatie worden uitgevoerd? Bij sociale diensten in Nederland moet dan ook worden gesproken van economische activiteiten, die dus onder het DAEB-concept in het VWEU vallen.

Sociale diensten worden door de EC benaderd als een aparte categorie, gevat onder de noemer SDAB. SDAB's vallen zoals gezegd onder DAEB's wanneer het economische activiteiten betreffen.<sup>250</sup> In plaats van een definitie is ten aanzien van dit concept ter verduidelijking door de Commissie in de mededeling 'Uitvoering van het

247. Zie o.a. in het Groenboek over Diensten van Algemeen Belang, COM(2003) 270 def., p. 8. Zie hierover ook o.a.: Aalbers & Hessel, *Gemeentestem* 2012, nr. 82, p. 398 e.v.; Sauter, *Markt en Mededinging* 2008, p. 9; Van de Gronden 2007, *SEW* 2007, 10, p. 178 e.v.; Drijber, *SEW* 2007, 129.

248. Aalbers & Hessel, *Gemeentestem* 2012, nr. 82, p. 399; Sauter, *Markt en Mededinging* 2008, p. 9.

249. De term 'merit goods' werd geïntroduceerd door de econoom Richard Musgrave (1957). Zie hierover in relatie tot DAEB: Hatzopoulos, *Research Papers in Law* 2011, p. 3.

250. SEC(2006) 516, p. 4; COM(2006) 177 def., p. 6-7; zie ook: *Gids Europese Commissie*, SWD(2013) 53 final/2, Q&A 1, 3 en zie ook voor een opsomming van niet-economische activiteiten Q&A no. 27.

*communautaire Lissabon-programma - Sociale diensten van algemeen belang in de Europese Unie* een lijst gemaakt van wat daaronder moet worden verstaan.<sup>251</sup> In de opsomming van die diensten, zijn duidelijk de sociale diensten als bedoeld in dit boek te herkennen als het gaat over 'diensten, die een preventief doel hebben en de sociale cohesie moeten verbeteren, hulp op maat bieden om de integratie van de betrokkenen in de maatschappij te vergemakkelijken en de uitoefening van hun fundamentele rechten te garanderen'.<sup>252</sup> De diensten als bedoeld in dit boek zijn dus op EU-niveau aan te merken SDAB's en DAEB's: diensten waarvoor overheidsoptreden noodzakelijk wordt geacht. De nadere categorisering door de EC van deze diensten lijkt daarbij vooral ingegeven om het fundamentele belang van deze (sociale) diensten voor de EU te onderstrepen, te verduidelijken dat ook op deze diensten EU-interne marktregulering van toepassing is en hoe binnen deze regulering met het speciale karakter van deze diensten rekening kan worden gehouden. Over de EU-regulering die van toepassing is op deze diensten bestonden namelijk veel vragen in de lidstaten.<sup>253</sup>

Vanwege de gewijzigde context met het Verdrag van Lissabon, heeft de Commissie in 2011 besloten onder de noemer van een Kwaliteitskader voor diensten van algemeen belang zich in te zetten voor wet- en regelgeving die de sociale dimensie van de interne markt verstevigen en die beter rekening houden met het specifieke karakter van diensten van algemeen belang.<sup>254</sup> Ook de wijze waarop bij het verrichten van deze diensten rekening kan worden gehouden met waarden als neergelegd in Protocol, nr. 26, zoals kwaliteit, veiligheid, toegankelijkheid en betaalbaarheid, kan vanaf 2011 op de aandacht van de Commissie rekenen. Een belangrijk actiepunt onder dit zogenoemde Kwaliteitskader is dan ook het verduidelijken hoe de EU-regels van toepassing zijn op diensten van algemeen economisch belang en waar nodig een voorstel tot herziening van deze regels te maken om ervoor te zorgen dat specifieke behoeften van deze diensten in deze regulering worden meegenomen.<sup>255</sup> Mogelijk dat dit actiepunt er dan ook voor heeft gezorgd dat in de bijzondere aanbestedingsregeling voor sociale diensten uitdrukkelijk is neergelegd dat aanbestedende diensten rekening moeten kunnen houden met de specifieke behoeften van sociale diensten.<sup>256</sup>

Wat ten slotte de relevantie van deze concepten betreft, is allereerst van belang dat het aan de lidstaten is gelaten te bepalen welke diensten zij aanmerken als van algemeen (economisch) belang en waarvoor zij derhalve maatregelen treffen voor overheidsinmenging.<sup>257</sup> De EU respecteert in dit opzicht de traditie en voorkeuren

251. COM(2006) 177 def., p. 4.

252. COM(2006) 177 def., p. 4. Zie ook de opsomming van diensten o.a.: de hulp aan personen met ernstige problemen of in een crisissituatie, bijvoorbeeld schulden, werkloosheid, verslavingen, gezinsbreuk; activiteiten die de betrokkenen de nodige vaardigheden moeten geven voor een volledige integratie in de maatschappij; diensten die de taak van de gezinnen bij de verzorging van met name jonge kinderen en bejaarden completeren en ondersteunen; activiteiten ter integratie van langdurig hulpbehoevenden in verband met een handicap of een medisch probleem.

253. *Gids Europese Commissie*, SWD(2013) 53 final/2.

254. COM(2011) 900 def., p. 2.

255. *Idem*.

256. Zie art. 76 Richtlijn 2014/24/EU.

257. *Gids Europese Commissie*, SWD(2013) 53 final/2, Q&A 5.

van de lidstaten, en het valt op grond van het subsidiariteits- en evenredigheidsbeginsel binnen de beoordelingsvrijheid van de lidstaten om te bepalen welke diensten van algemeen belang worden geacht.<sup>258</sup>

Daarnaast worden de concepten DAEB en SDAB door de Commissie gebruikt als vehikel om het belang van een goede kwaliteit van deze diensten voor de EU te onderstrepen.<sup>259</sup> Het zijn immers diensten die een cruciale rol spelen in de levens van de burgers van de Unie. In lijn daarmee worden ook de kernwaarden en specifieke behoeften van deze diensten erkend. Op EU-niveau wordt dan ook steeds meer aandacht besteed aan deze kernwaarden, bijvoorbeeld als het gaat om EU-regulering van de interne markt.<sup>260</sup>

De concepten DAEB en SDAB worden door de EC echter voornamelijk gehanteerd om te verduidelijken welke EU-regulering daarop van toepassing is. Op dat punt blijkt dat ook deze diensten onderworpen blijven aan de EU-interne marktregulering. Hierna zal ik uitgebreider ingaan op de regulering die in dat kader bij het toepassen van de verschillende rechtsinstrumenten van belang is. Daarbij zij hier alvast opgemerkt dat het concept DAEB met name een rol speelt bij de regulering van staatssteun, als voorzien is in specifieke regelingen voor DAEB's zoals de DAEB de-minimisverordening en het DAEB-vrijstellingsbesluit.<sup>261</sup> In het aanbestedingsrecht is daarentegen nauwelijks aandacht voor het DAEB- of SDAB-concept.<sup>262</sup> Wel is zoals gezegd in de specifieke regeling voor sociale diensten uitdrukkelijk rekening gehouden met de kernwaarden van sociale diensten. Ook bij andere DAEB's bestaat in de aanbestedingsrichtlijn ruimte om rekening te houden met specifieke behoeften van die dienst.<sup>263</sup>

*Last but not least*, dient in dit verband nog te worden gewezen op art. 106 lid 2 VWEU, waarin een verdragsexceptie is opgenomen voor DAEB's. De strekking van dat artikel is dat van de verdragsbepalingen, zoals de mededingings-, staatsteun- en vrijverkeersregels, kan worden afgeweken wanneer het gaat om ondernemingen die belast zijn met het beheer van diensten van algemeen economisch belang of die het karakter dragen van een fiscaal monopolie, en wanneer de volledige toepassing van de verdragsregels de aan hun toevertrouwde bijzondere taak verhindert.<sup>264</sup> Dit ar-

258. Deze vrijheid wordt wel begrensd door enkele voorwaarden: als er harmonisatie op een terrein heeft plaatsgevonden, dan moeten de voorschriften uit die regeling worden gevolgd en de EC kan het aanmerken van een DA(E)B toetsen op kennelijke beoordelingsfouten. Daarnaast moet deze vrijheid op een transparante manier worden gebruikt en mag geen misbruik worden gemaakt van het begrip 'algemeen belang'.

259. Zie o.a.: COM(2006) 177 def; COM(2011) 900 def; *Gids Europese Commissie*, SWD(2013) 53 final/2.

260. Interessant onderzoek zou daarbij zijn om te bezien welk gevolg EU-interventie heeft op de kwaliteit van sociale diensten in de diverse lidstaten.

261. Besluit van de Commissie van 20 december 2011 betreffende de toepassing van artikel 106, lid 2, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op staatssteun in de vorm van compensatie voor de openbare dienst, verleend aan bepaalde met het beheer van diensten van algemeen economisch belang belaste ondernemingen, *PbEU* L 7/3; Verordening (EU) 360/2012 van de Commissie van 25 april 2012 betreffende de toepassing van de artikelen 107 en 108 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op de-minimissteun verleend aan diensten van algemeen economisch belang verrichtende ondernemingen, *PbEU* L 114/8.

262. Enkel in art. 1 van Richtlijn 2014/24/EU en in overweging 6 en 7 en de considerans wordt het concept DAEB genoemd in het kader van de vrijheid die lidstaten hebben om hun diensten als diensten van algemeen belang aan te merken.

263. Zo is er bijvoorbeeld een aparte regeling voor aanbestedingen in de nutssectoren, zie Richtlijn 2014/25/EU.

264. Zie hierover diepgaander o.a.: Van de Gronden, *SEW* 2007, 10; Fiedziuk 2013.



tikel biedt een grondslag om van interne marktregels af te wijken. In essentie gaat deze uitzondering echter vooral om de mogelijkheid om exclusieve rechten aan bepaalde ondernemingen toe te kennen in het kader van een DAEB.<sup>265</sup> Vooral nog lijkt deze uitzondering voor de organisatie van sociale diensten in Nederland dan ook nog geen grote relevantie te hebben. Deze uitzondering strekt bijvoorbeeld niet zover dat op grond daarvan nationale maatregelen die het vrij verkeer belemmeren – denk aan nationale kwaliteitstandaarden of taaleisen – zijn toegestaan of zelfs bijvoorbeeld een aanbestedingsverplichting daardoor opzij kan worden gezet. Het aanbestedingsrecht is immers ook van toepassing op de wijze waarop exclusieve rechten wordt toegekend: ‘wie’ dat exclusieve recht verkrijgt om een overheidsopdracht uit te voeren, moet door middel van een aanbestedingsprocedure vastgesteld.<sup>266</sup>

Concluderend geldt dan ook ten aanzien van de concepten DAEB en SDAB dat zij er vooral toe dienen op EU-niveau het belang van de goede organisatie van deze specifieke diensten te onderstrepen en te verduidelijken dat daarop EU-interne marktregulering van toepassing is – zij het dat met de specifieke aard van de dienst rekening kan worden gehouden. Van belang voor gemeenten die sociale diensten organiseren is dan ook vooral te bezien welke EU-interne marktregulering daarop van toepassing is en welke ruimte zij binnen die regels hebben om met de kernwaarden van sociale diensten en hun nationale behoeften rekening te houden om diensten van goede kwaliteit voor hun inwoners te kunnen organiseren.

## 2.5 EU-BEVOEGDHEDEN INTERNE MARKT: NAAR EEN EUROPESE SOCIALE MARKTECONOMIE

Op grond van artikel 4 VWEU heeft de EU, naast gedeelde bevoegdheden op sociaal terrein, ook gedeelde bevoegdheden op het terrein van de interne markt. Het is met name dit terrein waarop de EU regelgeving heeft vastgesteld, die van invloed kan zijn op het gebruik van de rechtsinstrumenten om sociale diensten te organiseren en de scheidslijnen daartussen. De vrijheid die (lokale, regionale of centrale) overheden in de lidstaten hebben om sociale diensten te organiseren naar eigen traditie en gebruiken, wordt door deze regulering in zekere zin begrensd om ervoor te zorgen dat een interne markt tot stand kan komen. Tegelijkertijd vinden ondernemers en andere rechtssubjecten binnen de EU in deze regulering bescherming tegen overheden die hun bevoegdheden willekeurig en disproportioneel gebruiken. Van belang is daarbij dat de interne markt sinds het Verdrag van Lissabon in 2009 ziet op de totstandkoming van een sociale markteconomie. Binnen deze sociale markteconomie is er veel ruimte om de nationale gebruiken en behoeften die van belang zijn voor een goede organisatie van zorg mee te wegen bij het gebruik van de verschillende rechtsinstrumenten. Uiteindelijk draait het daarbij om het hoofddoel van de EU: de vrede, haar waarden en het welzijn van haar volkeren te bevorderen.<sup>267</sup>

265. Zie bijv. HvJ EG 25 oktober 2001, C-475/99, ECLI:EU:C:2001:577 (*Ambulanz Glöckner*).

266. Ook volgens Fiedziuk heeft deze verdragsuitzondering voor het aanbestedingsrecht geen grote betekenis, zie Fiedziuk 2013, p. 97.

267. Art. 3 lid 1 VEU.

### 2.5.1 Interne marktregulering als middel om de vrede, haar waarden en het welzijn van EU-burgers te bevorderen

Op het terrein van de interne markt heeft de EU regels vastgesteld om overeenkomstig artikel 26 VWEU een interne markt, met alle voordelen van dien voor de lidstaten, tot stand te brengen.<sup>268</sup> Op grond van art. 4 lid 2 sub a VWEU heeft de EU namelijk gedeelde bevoegdheden met de lidstaten om regels vast te stellen die de interne markt betreffen. Deze interne markt en de daaruit voortvloeiende regulering is nog steeds een van de belangrijkste elementen van het Europese samenwerkingsproject.<sup>269</sup>

Bij de toepassing van de rechtsinstrumenten die besproken worden in dit boek: de overheidsopdracht, concessie, vergunning, openhousemodel, en de subsidie, kan deze internemarktregulering van toepassing zijn en kaders stellen voor het gebruik en de afbakening van de instrumenten. Onder deze interne marktregulering vallen namelijk de vrijverkeersbepalingen, neergelegd in het VWEU, die gericht zijn op het wegnemen van belemmeringen van het vrij verkeer tussen lidstaten. Deze verdragsbepalingen en daaruit voortvloeiende beginselen kunnen een rol spelen bij de toepassing van een vergunningstelsel en bij het openhousemodel, maar ook bij de overheidsopdracht en concessie (namelijk op het moment dat de aanbestedingsrichtlijnen niet van toepassing zijn omdat de overheidsopdracht/concessie een waarde heeft beneden de vastgestelde drempelbedragen (zie meer in paragraaf 2.6.1), maar wel sprake is van een grensoverschrijdende situatie). Daarnaast kan de Dienstenrichtlijn 2006/123/EG van toepassing zijn.<sup>270</sup> De aanbestedingsrichtlijnen vloeien vervolgens voort uit het vrij verkeer van diensten en vestiging als neergelegd in artikel 49 en 56 VWEU. De aanbestedingsrichtlijnen dragen bij aan de totstandkoming van de interne markt door de verstrekking van overheidsopdrachten in de lidstaten op EU-niveau te coördineren. Dit is van belang voor de rechtsinstrumenten overheidsopdracht en concessie. De rechtsgrondslag voor de vaststelling van de aanbestedingsrichtlijnen is te vinden in artikel 114 VWEU. Wat de subsidie betreft, zijn de staatssteunregels neergelegd in artikel 107 en 108 VWEU van belang en de nadere regulering die daarop is gebaseerd. Ook deze worden hier in het kader van de interne markt genoemd, omdat het verlenen van verboden steun door overheden de grensoverschrijdende handel op de interne markt kan verstoren. Opmerking verdient dat ten slotte ook de artikelen 101 en 102 VWEU van het mededingingsrecht van toepassing kunnen zijn, bijvoorbeeld op samenwerkingen tussen zorgaanbieders;<sup>271</sup> dit valt echter buiten het bestek van dit boek. Op grond van de EU-bevoegdheden voor de totstandkoming van de interne markt, hebben gemeenten bij het kiezen van instrumenten om sociale diensten

268. In diverse onderzoeken zijn de voordelen daarvan aangetoond, zie bijv.: In 't Veld, *European Economy Discussion Papers* 2019. Zie daarover ook: Rapport WRR 2018, p. 88 en 122.

269. Over de intrinsieke solidariteit die uitgaat van deze bepalingen van de interne markt, zie meer in: Manunza 2016.

270. Van deze richtlijn zijn op grond van art. 2 lid 2 sub j wel uitgezonderd de sociale diensten die worden verleend (...) door dienstverrichters die hiervoor een opdracht of een mandaat hebben gekregen van de staat, of door liefdadigheidsinstellingen die als zodanig door de staat zijn erkend. Wat dit betekent voor het openhousemodel bespreek ik in par. 5.4.3.

271. Zie bijvoorbeeld berichtgeving ACM, via: <https://www.acm.nl/nl/onderwerpen/zorg/samenwerking-in-de-zorg/samenwerking-in-sociaal-domein> (laatst gezien: 31 augustus 2021).

organiseren dan ook te maken met deze EU-regulering. In de hiernavolgende hoofdstukken wordt voor elk rechtsinstrument steeds besproken welk juridisch kader van toepassing kan zijn en hoe de rechtsinstrumenten aan de hand daarvan van elkaar moeten worden onderscheiden.

Gezien het belang van deze EU-regulering onder meer voor het handelen van gemeenten die sociale diensten organiseren, dient vervolgens dan ook te worden bezien met welk doel de Unie deze regelgeving heeft vastgesteld. Daarbij dient allereerst te worden opgemerkt dat de interne markt niet als een op zichzelf staand doel moet worden gezien, maar dat deze ten dienste staat aan de totstandkoming van een sociale markteconomie.<sup>272</sup> In art. 3 lid 3 VEU is de interne markt doelstelling namelijk omschreven als het streven naar ‘een duurzame ontwikkeling van Europa, op basis van een evenwichtige economische groei en van prijsstabiliteit, een sociale markteconomie met een groot concurrentievermogen die gericht is op volledige werkgelegenheid en sociale vooruitgang, en van een hoog niveau van bescherming en verbetering van de kwaliteit van het milieu’. Opvallend is daarbij het begrip ‘sociale markteconomie’, dat met het Verdrag van Lissabon is geïntroduceerd. In het daarvoor geldende EG-Verdrag werd de interne markt namelijk nog aangeduid als een ‘open markteconomie met vrije mededinging’.<sup>273</sup> Daarmee lijkt de EU-wetgever dan ook een nieuwe richting ingeslagen ten aanzien van deze interne markt. Vanuit het besef dat voor een duurzame ontwikkeling van de EU naast economische vooruitgang ook sociale cohesie en bescherming nodig is, en dat duurzaamheid en innovatie van belang zijn om economische vooruitgang te realiseren, is de Unie steeds minder gericht op enkel economische samenwerking.<sup>274</sup> Deze ontwikkeling werd bovendien versterkt door globale vraagstukken, zoals de financiële crisis in 2008 en klimaatverandering en waaronder ook de vergrijzing van veel Europese samenlevingen kan worden gerekend, waarop een antwoord moe(s)t worden gevonden.<sup>275</sup>

Onder deze sociale markteconomie voeren dan ook niet langer economische doelstellingen de boventoon, maar is de markt doelstelling van de EU ruimer geworden als ook doelstellingen van sociale aard en duurzaamheid kunnen worden meegenomen. Binnen deze sociale markteconomie bestaat dan ook veel meer ruimte om naast economische overwegingen, ook overwegingen van sociale en duurzame aard mee te nemen, bijvoorbeeld wanneer het gaat om een overheidsopdracht voor sociale diensten.<sup>276</sup> Deze sociale markteconomie zorgt er daarmee voor dat binnen de bevoegdheden van de EU op het terrein van de interne markt, ruimte is voor het waarborgen van publieke – bijvoorbeeld sociale – belangen die kunnen spelen bij de organisatie van sociale diensten.

272. Zie ook: Rapport WRR 2018, p. 111; Van den Brink e.a., *working paper* WRR 2019.

273. Toenmalig art. 4 EG. Zie hierover reeds: Manunza 2010<sup>b</sup>; Manunza, *NJB* 2010/37; zie ook: Neergaard e.a. 2013, p. 5; Manunza 2016.

274. Zie bijvoorbeeld *Gids Sociaal Kopen* 2011, p. 10 en zie nu ook: *Gids Sociaal Kopen* 2021; zie daarnaast ook de EU 2020-strategie, COM(2010) 2020 en bijvoorbeeld de considerans van Richtlijn 2014/24/EU, waarin een dergelijke ontwikkeling is waar te nemen.

275. Zie ook: Janssen, *TAAN* 2012/1, p. 7.

276. Zie voor deze mogelijkheden in het algemeen: Manunza, Lohmann & Bouwman 2015. Zie ook: Gerbrandy, Janssen & Thomsin, *ULR* 2019.

Deze sociale markteconomie dient bovendien ook in het licht van art. 3 lid 1 VEU te worden beschouwd waarin het voornaamste doel van de Unie is opgenomen: het bevorderen van de vrede, haar waarden en het welzijn van haar volkeren. De interne marktregulering moet namelijk worden gezien als een middel om uiteindelijk dat hogere Uniedoel te bereiken. Van belang in het kader van dit onderzoek is dat de internemarktregels uiteindelijk het welzijn van de EU-burgers beogen. Met het oog op het voorgaande werd voorheen het welzijn van de EU-burger onder de interne marktregulering vooral ingekleurd als het realiseren van economische voordelen voor de EU-lidstaten en haar burgers. Deze interne markt zonder binnengrenzen, met optimale concurrentie daarbinnen, heeft namelijk economische voordelen voor de lidstaten opgeleverd waarvan de EU-burgers hebben geprofiteerd en nog profiteren. Met die economische besparingen hebben lidstaten de mogelijkheid om het welzijn van hun burgers te vergroten. Onder de huidige interne markt kan (en moet) welzijn daarbij echter breder worden opgevat, omdat daaronder ook duurzaamheid, sociale cohesie en andere publieke of sociale belangen vallen. Niet langer staan alleen economische voordelen centraal, maar het gaat ook om het maken van duurzame keuzes en keuzes die bijvoorbeeld de kernwaarden van publieke diensten, zoals hun kwaliteit, beschikbaarheid en toegankelijkheid, niet in het gedrang brengen. Op die wijze wordt er namelijk voor gezorgd dat EU-burgers nu en in de toekomst daadwerkelijk van kwalitatief goede diensten, die passen bij hun wensen en voorkeuren, kunnen genieten.

### 2.5.2 Evenwicht tussen EU-interne marktregulering en Europese en nationale kernwaarden sociale diensten

Op basis van de Europese sociale markteconomie dienen gemeenten die sociale diensten organiseren de totstandkoming van een interne markt, een ruimte zonder binnengrenzen, waarbij vrij verkeer van goederen, personen, diensten en vestiging plaatsvindt, niet te belemmeren. Nationale voorwaarden die potentiële belanghebbenden uit andere lidstaten bemoeilijken hun diensten in Nederland aan te bieden, zijn daarom in beginsel verboden. Ook protectionistisch gedrag waarbij diensten buiten die Europese markt worden gehouden en onderhands worden gegund aan nationale entiteiten is in beginsel niet toegestaan. Verder moeten gemeenten ervoor zorgdragen dat er geen ongeoorloofde verstoringen op die markt plaatsvinden, bijvoorbeeld door het verlenen van verboden staatssteun. Zo immers kan alleen het volledige potentieel van deze interne markt, en de voordelen daarvan voor EU-burgers, worden bereikt.

Daarmee staat deze regulering ook ten dienste aan het '*level playing field*' voor alle geïnteresseerden die een activiteit willen uitvoeren. Op basis van deze regulering moet namelijk een gelijk speelveld worden gecreëerd en wordt het handelen van overheden begrensd om misbruik van bevoegdheden tegen te gaan. Het zijn daarbij zowel de Europese rechtsbeginselen alsook de beginselen die we in het nationale recht tegenkomen, bijvoorbeeld het gelijkheids- en proportionaliteitsbeginsel (en mogelijk kan daar ook het transparantiebeginsel onder gerekend) die een waarborg bieden tegen ongelijke behandeling en daarnaast willekeurige handelen, corruptie

en fraude door overheden tegengaan.<sup>277</sup> Op EU-niveau gelden die beginselen voor rechtssubjecten uit alle lidstaten, op nationaal niveau alleen voor rechtssubjecten van die lidstaat. Deze beginselen spelen dan ook een belangrijke rol bij de gunning van overheidsopdrachten en concessies, de verlening van subsidies en vergunningen, en ook bij het uitbesteden van taken door middel van een openhousemodel.

Tegelijk is er onder de noemer van de sociale markteconomie ruimte om rekening te houden met belangrijke kernwaarden van sociale diensten die het welzijn van EU-burgers betreffen. Ruimte die ook is gecreëerd in bijvoorbeeld de aanbestedingsrichtlijn. Deze kernwaarden, die vallen onder de nationale soevereiniteit van de lidstaten en dus kunnen worden ingekleurd door de nationale context en gebruiken, maar tegelijk ook op Europees niveau worden erkend, kunnen zijn: de universaliteit, kwaliteit, veiligheid, betaalbaarheid, beschikbaarheid, toegankelijkheid en continuïteit en ze kunnen ook de behoeften van de gebruiker betreffen.<sup>278</sup> Zo komt continuïteit in Nederland bij sociale diensten regelmatig naar voren als kernwaarde: van belang wordt geacht dat bijvoorbeeld jeugdigen niet steeds met een andere hulpverlener worden geconfronteerd; dit zou bovendien de kwaliteit niet ten goede komen. Bij de kernwaarde, de behoefte van de gebruiker, kan bijvoorbeeld worden gedacht aan de behoefte aan keuzevrijheid voor een zorgaanbieder van eigen voorkeur. Ook het stellen van bepaalde kwaliteitstandaarden, bijvoorbeeld door middel van erkenningsregelingen of certificering voor jeugdzorg- of thuiszorginstellingen, vallen onder deze kernwaarden, namelijk om de kwaliteit van de diensten te waarborgen.

Deze EU-doelstelling voor een interne markt (met evenwel als uiteindelijke doel: de vrede, de EU-waarden en het welzijn van EU-burgers te bevorderen) enerzijds, en de EU- (en nationale) doelstellingen voor het waarborgen van kernwaarden van bepaalde diensten zoals sociale diensten, anderzijds, lijken echter niet altijd hand in hand te gaan en kunnen met elkaar in spanning komen.<sup>279</sup> Zo werd in de Nederlandse politiek duidelijk stelling genomen tegen de aanbestedingsverplichting voor sociale diensten die de kernwaarden van kwaliteit en continuïteit van deze diensten in het gedrang zou brengen.<sup>280</sup> Voorts kan het stellen van bepaalde kwaliteitsstandaarden in een lidstaat, ertoe leiden dat mogelijk geïnteresseerden uit andere lidstaten worden belemmerd hun diensten in deze lidstaat aan te bieden. De uitdaging van de sociale markteconomie is dan ook het zorgen voor evenwicht tussen de EU-regulering van de interne markt enerzijds en deze kernwaarden anderzijds.<sup>281</sup> Binnen de EU-interne marktregulering is dan ook de laatste jaren meer aandacht gegeven aan de ruimte die er is om daarbinnen met deze kernwaarden rekening te houden en zijn sommige regels aangepast om die ruimte te expliciteren.<sup>282</sup>

277. Zie voor een bespreking daarvan toegespitst op de relatie overheid-aannemer in België: Manunza & Bouwman 2015<sup>9</sup>.

278. Zie Protocol nr. 26 bij het Verdrag en art. 76 Richtlijn 2014/24/EU.

279. Zie ook: Neergaard e.a. 2013; Wehlander 2016; zie ook reeds Van de Gronden, *SEW* 2007, 10.

280. Zie o.a.: *Beschouwing over inkoop jeugdhulp, kwaliteit en verantwoording* 2019; zie ook *Kamerstukken II* 2018/19, 35105, nr. 2 (wetsvoorstel wijziging aanbestedingswet).

281. Zie hierover ook o.a.: Lennaerts 2006.

282. Zie bijv. SWD(2013) 53 final/2; Europese Commissie, *Gids Sociaal Kopen. Gids voor de inachtneming van sociale overwegingen bij overheidsaanbestedingen*, Luxemburg: Bureau voor publicaties van de Europese Unie 2011. En zie bijv. in de aanbestedingsrichtlijn 2014/24/EU.

Daarmee is in de EU-regulering dus gepoogd een evenwicht te scheppen tussen aan de ene kant het tot stand brengen van een interne markt met het doel gelijke kansen te scheppen voor alle (potentiële) geïnteresseerden in de lidstaten die een bepaalde activiteit willen ontplooiën/uitvoeren, en aan de andere kant de bijzondere belangen en behoeften die de lidstaten kunnen hebben op bijvoorbeeld sociaal terrein.<sup>283</sup>

### 2.5.3 Ruimte binnen EU-interne marktregulering voor kernwaarden sociale diensten

In deze paragraaf zal worden gezien welke ruimte er binnen de EU-interne marktregulering is om met (nationale of Europese) kernwaarden van sociale diensten rekening te houden, en hoe het nagestreefde evenwicht daartussen in de praktijk dan ook uitpakt. Opmerking verdient daarbij dat deze ruimte er ten dele ook reeds was onder de oude Verdragen, maar dat deze met de sociale markteconomie groter is geworden en meer expliciet in regulering is terug te vinden. Tevens zij daarbij voorafgaand ook opgemerkt dat, hoewel er in ruimte is voorzien en er sprake is van een ‘levend’ en dynamisch geheel aan regels dat openstaat voor verandering op basis van EU-brede ontwikkelingen,<sup>284</sup> de regulering niet altijd alle belangen volledig kan dienen. Binnen het stelsel, dat verschillende doelen beoogd en verschillende belangen erkent, is immers niet alles mogelijk. Zo kan het voorkomen dat in bepaalde situaties bepaalde kernwaarden van goede zorg bijvoorbeeld niet optimaal kunnen worden verwezenlijkt omdat andere belangen, bijvoorbeeld van gelijke kansen voor alle geïnteresseerde zorgaanbieders in het betreffende geval, voorgaan; overigens geldt dat dit vervolgens – op een andere wijze – bijvoorbeeld ook de kwaliteit van de zorg weer ten goede kan komen.

Ten aanzien van die ruimte voor eigen nationaal beleid en het in aanmerking nemen van bepaalde kernwaarden, is allereerst van belang dat, ook al is er op EU-niveau regulerend opgetreden, ook binnen de regulering ruimte kan zijn voor eigen beleid voor de lidstaten. Zo is er voor lidstaten beleidsruimte bij open normen en begrippen in de EU-regulering: die mogen zij verder invullen; uiteraard in overeenstemming met de bepalingen in de EU-verdragen.<sup>285</sup> Zo overwoog het HvJ EU in het kader van de aanbestedingsrichtlijnen reeds in het *Beentjes*-arrest dat:

*‘de richtlijn geen eenvormige en uitputtende communautaire regeling behelst, doch dat de Lid-Staten binnen het kader van de gemeenschappelijke regels die zij bevat, vrij blijven om materiële en procedureregels inzake aanbesteding van openbare werken te handhaven of vast te stellen, mits zij daarbij alle relevante bepalingen van het gemeenschapsrecht eerbiedigen en met name de verboden die voortvloeien uit de in het Verdrag neergelegde beginselen inzake het recht van vestiging en het vrij verichten van diensten’.*<sup>286</sup>

283. Zie in het algemeen: Rapport WRR 2018, p. 97.

284. Zie over deze ‘Living constitution’-theorie par. 1.4.1.

285. Van den Brink e.a., *working paper* WRR 2019, p. 29; Manunza 2016, p. 259-278.

286. HvJ EG 20 september 1988, zaak 31/87, ECLI:EU:C:1988:422 (*Beentjes*), r.o. 20.

Lidstaten kunnen bepaalde begrippen in de aanbestedingsrichtlijnen nader invullen. Dit betekent bijvoorbeeld dat zij nadere invulling kunnen geven aan de uitsluitingsgrond ernstige beroepsfout als bedoeld in art. 2.87 Aw 2012, op basis waarvan inschrijvers van een aanbesteding kunnen worden uitgesloten.<sup>287</sup> Met betrekking tot sociale diensten denk ik aan een invulling van deze uitsluitingsgrond die ervoor zorgt dat inschrijvers waarvan kan worden aangetoond dat zij (ernstige) fraude hebben gepleegd met zorggeld, op deze grond van volgende aanbestedingen kunnen worden uitgesloten (meer in paragraaf 3.4).

#### *Ruimte in de aanbestedingsregels*

Daarnaast wordt in de EU-regelgeving veelal ruimte geboden voor deze kernwaarden, expliciet dan wel impliciet. Wat de aanbestedingsregels betreft is daartoe in art. 74 e.v. van Richtlijn 2014/24/EU op EU-niveau in een specifieke regeling voorzien voor het aanbesteden van sociale diensten. Met inachtneming van de daar genoemde basisvoorwaarden, hebben de lidstaten vervolgens de ruimte om een eigen aanbestedingsprocedure te hanteren, waarbij zij rekening kunnen houden met de bijzondere (nationale) belangen die spelen bij deze diensten. Sterker nog, art. 76 lid 2 van deze regeling regelt expliciet dat bij deze procedure aan aanbestedende diensten ruimte moet worden gelaten rekening te houden met de specifieke kenmerken van de betrokken diensten, namelijk: de noodzaak de kwaliteit, continuïteit, toegankelijkheid, betaalbaarheid, beschikbaarheid en volledigheid van de diensten, de specifieke behoeften van verschillende categorieën gebruikers, met inbegrip van achtergestelde en kwetsbare groepen, de betrokkenheid en inspraak van gebruikers en de innovatie te verzekeren.<sup>288</sup> Als reeds kort opgemerkt is in deze bepaling duidelijk de ontwikkeling terug te zien om voor de kernwaarden van diensten van algemeen belang, ondanks het ontbreken van een specifieke regeling daarvan op EU-niveau, expliciet een plek te reserveren in (secundaire) EU-interne marktregulering.

Aan de lidstaten wordt dus overgelaten om een aanbestedingsprocedure vast te stellen, die rekening houdt met de belangrijke behoeften en specifieke gebruiken rondom sociale diensten in die lidstaat. In Nederland is er echter voor gekozen om in plaats daarvan alleen de summier basisvereisten uit de aanbestedingsrichtlijn in de Aanbestedingswet op te nemen en niet te specificeren hoe rekening kan worden gehouden met deze behoeften; deze procedure wordt ook wel de SAS-procedure genoemd.<sup>289</sup> Over deze specifieke procedure en de gemiste kansen door het ontbreken van een meer toegespitste aanbestedingsprocedure voor sociale diensten in Nederland, meer in paragraaf 3.3.

#### *Ruimte in het staatssteunrecht*

De ruimte voor het rekening houden met bepaalde kernwaarden van sociale diensten is in het staatssteunrecht vooral te vinden in de bijzondere bepalingen voor DAEB's. Zoals hiervoor reeds kort besproken, vallen sociale diensten daaronder. Deze bijzondere regulering zorgt ervoor dat gemeenten met een lichter regime te

287. Manunza, BR 2003.

288. Overigens is in de hoofdbepalingen van Richtlijn 2014/24/EU ook ruimte geboden voor het meewegen van dergelijke kernwaarden bij het aanbesteden van andere diensten (en werken of leveringen), zie bijv. art. 67 over gunningscriteria. Zie hierover meer in: Manunza, Lohmann & Bouwman 2015.

289. Zie art. 2.38 en 2.39 Aw 2012.

maken hebben als zij financiële steun, zoals subsidies of op geld waardeerbare steun, verlenen. Zo is er het DAEB-vrijstellingsbesluit vastgesteld, waarin de voorwaarden zijn neergelegd waaronder compensatie aan een onderneming die met een taak van algemeen belang is belast, voor die taak is vrijgesteld van de aanmeldingsverplichting van artikel 108 lid 3 VWEU.<sup>290</sup> Onder dit besluit vallen op grond van artikel 2 sub c ook de compensaties voor sociale behoeften wat betreft gezondheidszorg en langdurige zorg, kinderopvang, toegang tot de arbeidsmarkt en herintreding, sociale huisvesting en de zorg voor en sociale inclusie van kwetsbare groepen. In de considerans bij het besluit is in overweging 11 bovendien opgemerkt dat '(...) in sociale dienstverlening actieve ondernemingen, die met taken van algemeen economisch belang zijn belast, specifieke kenmerken vertonen die in aanmerking dienen te worden genomen. Zo zal in bepaalde (economische) omstandigheden rekening mogen worden gehouden met het feit dat sociale diensten ter compensatie van de kosten van de openbare dienst mogelijk een bedrag aan steun nodig hebben dat de in het DAEB-besluit vastgestelde drempel overschrijdt'. In geval een hoger compensatiebedrag voor sociale diensten dan ook niet leidt tot een groter risico op verstoringen van de mededinging, kan dus zelfs worden voorzien in hogere compensatie. Overigens is dit DAEB-besluit gebaseerd op het *Altmark*-arrest waarin het HvJ EU de criteria introduceerde op basis waarvan staatssteun toch is toegestaan als het gaat om het uitvoeren van bepaalde openbaardienstverplichtingen.<sup>291</sup>

Daarnaast is er ook specifiek voor DAEB's een de-minimisverordening, die voor DAEB's bepaalt dat een de-minimissteun van maximaal € 500.000 per onderneming over een periode van drie belastingjaren is toegestaan.<sup>292</sup> Dat is dus een hogere drempel dan onder de algemene de-minimisverordening, op grond waarvan steunbedragen onder de € 200.000 geen staatssteun vormen.<sup>293</sup> Deze bedragen vormen geen verboden staatssteun omdat zij geen ongunstige invloed op het interstatelijk handelsverkeer hebben.

#### *Ruimte onder de vrijverkeersbepalingen*

Onder de vrijverkeersregels (hier: het vrij verkeer van vestiging en diensten) zijn er de Verdragsexceptions en de *rule of reason*-uitzondering die in arresten van het HvJ EU is ontwikkeld.<sup>294</sup> Op basis van deze uitzonderingen kan een beperking op de vrijverkeersregels, bijvoorbeeld een beperking van het vrij verkeer van diensten door het stellen van bepaalde kwaliteitseisen aan zorgaanbieders, worden gerechtvaardigd. Zo is in het Verdrag voorzien in uitzonderingen in het kader van de

290. Besluit van de Commissie van 20 december 2011 betreffende de toepassing van artikel 106, lid 2, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op staatssteun in de vorm van compensatie voor de openbare dienst, verleend aan bepaalde met het beheer van diensten van algemeen economisch belang belaste ondernemingen, *PbEU L 7/3*.

291. HvJ EG 24 juli 2003, C-280/00, ECLI:EU:C:2003:415 (*Altmark*).

292. Verordening (EU) nr. 360/2012 van de Commissie van 25 april 2012 betreffende de toepassing van de artikelen 107 en 108 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op de-minimissteun verleend aan diensten van algemeen economisch belang verrichtende ondernemingen, *PbEU L 114/8*.

293. Verordening (EU) nr. 1407/2013 van de Commissie van 18 december 2013 betreffende de toepassing van de artikelen 107 en 108 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op de-minimissteun, *PbEU L 352/1*.

294. De *rule of reason*-uitzondering is sinds HvJ EG 20 februari 1979, C-120/78, ECLI:EU:C:1979:42 (*Cassis de Dijon*), verder tot ontwikkeling gekomen.



openbare orde, openbare veiligheid en de volksgezondheid.<sup>295</sup> Daarnaast is door het HvJ EU op basis van de *rule of reason* ook ruimte gevonden om op andere gronden een belemmering van het vrij verkeer te kunnen rechtvaardigen. De nationale maatregel moet dan gerechtvaardigd worden op basis van een dwingende reden van algemeen belang; door het HvJ EU zijn als zulke redenen bijvoorbeeld aangegeven: doelstellingen van sociaal beleid, bescherming van afnemers van diensten, handhaving van het financieel evenwicht van het sociale zekerheidsstelsel en het voorkomen van fraude.<sup>296</sup> De maatregel moet daarnaast worden getoetst aan het proportionaliteitsbeginsel: de maatregel moet geschikt zijn om het doel te verwezenlijken en noodzakelijk zijn. Binnen deze strikte voorwaarden – het moet namelijk wel een noodzakelijke beperking zijn en geen verkappt protectionistisch handelen – kunnen dan ook nationale kernwaarden van sociale diensten worden meegenomen.

Een belangrijk voorbeeld hiervan is het *Sodemare*-arrest uit 1997 waarin het HvJ EU, in een zaak waarin het verlenen van bejaardenzorg tegen vergoeding als onderdeel van het sociale zekerheidsstelsel in feite werd voorbehouden aan aanbieders zonder winstoogmerk, oordeelde dat:

*‘bij de huidige stand van het gemeenschapsrecht een Lid-Staat zich in het kader van zijn bevoegdheid om zijn stelsel van sociale zekerheid in te richten, op het standpunt kan stellen, dat de verwezenlijking van de doelstellingen van een stelsel van sociale bijstand zoals in het hoofdgeding aan de orde is, noodzakelijkerwijs inhoudt, dat de toelating tot dit stelsel van particuliere aanbieders als verleners van diensten van sociale bijstand gebonden dient te zijn aan de voorwaarde, dat zij geen winstoogmerk hebben’.*<sup>297</sup>

Het is dus niet zo dat deze kernwaarden pas een rol zijn gaan spelen sinds de EU in 2009 bij de interne marktregulering expliciet een sociale markteconomie is gaan nastreven. Met deze sociale markteconomie hebben deze kernwaarden echter wel degelijk een sterkere basis gekregen, op grond waarvan een beperking van het vrij verkeer in een voorkomend geval kan worden gerechtvaardigd.

Dit is bijvoorbeeld terug te zien in de zaken *Spezzino* (2014) en *CASTA* (2016).<sup>298</sup> In deze zaken, die vergelijkbaar zijn wat betreft de situatie, staat een nationale (Italiaanse) regeling centraal op grond waarvan raamovereenkomsten voor spoed- en noodvervoersdiensten rechtstreeks (met voorrang van andere entiteiten in geval van *Spezzino*) en zonder enige vorm van bekendmaking mogen worden gegund aan vrijwilligersorganisaties, waaronder bijvoorbeeld het Italiaanse Rode Kruis.<sup>299</sup> In ruil voor het verrichten van die diensten krijgen de vrijwilligersorganisaties slechts

295. Zie in het bijzonder art. 52 en 62 VWEU (vrij verkeer van vestiging en diensten).

296. Zie o.a. ook de Conclusie van A-G Szpunar, gevoegde zaken C-340/14 en C-341/14 van 16 juli 2015, ECLI:EU:C:2015:505 (*Trijber*), r.o. 8 en Gids Europese Commissie, SWD(2013) 53 final/2, Q&A 226.

297. HvJ EG 17 juni 1997, C-70/95, ECLI:EU:C:1997:301 (*Sodemare*). Zie hierover meer uitgebreid: Hancher & Sauter, CMLR 2010.

298. HvJ EU 11 december 2014, C-113/13, ECLI:EU:C:2014:2440 (*Spezzino*); HvJ EU 28 januari 2016, C-50/14, ECLI:EU:C:2016:56 (*CASTA*). Zie over deze arresten ook: Manunza & Meershoek, PPLR 2020; Brown, PPLR 2016, p. 72-76; Caranta, EPPPL 2016.

299. *Spezzino*, r.o. 32, *CASTA*, r.o. 51.

de kosten vergoed die zij bij het leveren van de diensten daadwerkelijk hebben gemaakt.

Een dergelijke rechtstreekse gunning is in strijd met de aanbestedingsrichtlijnen: ook vrijwilligersorganisaties concurreren namelijk als ‘ondernemer’ met andere ondernemers (daarover meer in hoofdstuk 8, paragraaf 8.3) en deze opdracht had dan ook moeten worden aanbesteed.<sup>300</sup> Als het Hof deze situatie echter toetst aan de vrijverkeersregels, de artikelen 49 en 56 VWEU – voor het geval de waarde van deze opdracht onder het drempelbedrag voor toepasselijkheid van de aanbestedingsrichtlijnen uitkomt (over die drempelwaardes meer in paragraaf 2.6.1) – volgt in deze zaken een opvallende conclusie. Volgens het Hof is voor deze nationale regeling, op grond van de *rule of reason*-exceptie, namelijk een rechtvaardiging te vinden.<sup>301</sup> Van belang zijn daarbij twee elementen. Ten eerste betreft de regeling, die ziet op de organisatie van medische vervoersdiensten, een activiteit van algemeen belang die beheerst wordt door de beginselen van universaliteit, solidariteit, kostenefficiëntie en geschiktheid en die in dat kader beoogt door deze rechtstreekse gunning aan vrijwilligersorganisaties te verzekeren dat bij het verstrekken van die dienst van algemeen belang de begroting in evenwicht is. De nationale regeling ziet dus toe op de betaalbaarheid van het stelsel van medische vervoersdiensten zoals georganiseerd in Italië. Ten tweede is in de regeling ook neergelegd dat vrijwilligersorganisaties kunnen bijdragen tot een dienst van algemeen belang – waarbij ook wordt verwezen naar het solidariteitsbeginsel. Dit sluit volgens het Hof aan bij de grondwettelijke en wettelijke bepalingen van vrijwilligerswerk, hetgeen in Italië zo van belang wordt geacht dat het in de nationale grondwet is neergelegd. Volgens het Hof worden dergelijke doelstellingen door het Unierecht in aanmerking genomen.<sup>302</sup>

In dat verband haalt het HvJ EU eerdere rechtspraak aan waaruit onder meer blijkt dat de lidstaten, die over een beoordelingsmarge beschikken, moeten beslissen op welk niveau zij de bescherming van de volksgezondheid wensen te verzekeren, en hoe dit dient te gebeuren en dat zij de vrijheid hebben om hun stelsel van sociale zekerheid passend in te richten.<sup>303</sup> Op grond daarvan geldt volgens het Hof dat ‘maatregelen die enerzijds in het algemeen beogen dat op het grondgebied van de betrokken lidstaat een toereikende en permanente toegang tot een evenwichtig aanbod van kwaliteitszorg wordt geboden, en anderzijds berusten op het streven, de kosten te beheersen en verspilling van financiële en technische middelen en personeel zo veel mogelijk te vermijden’, kunnen worden aangemerkt als dwingende redenen van algemeen belang op grond waarvan een belemmering van het vrij verkeer kan worden gerechtvaardigd.<sup>304</sup>

Daarbij moet echter vervolgens ook aan de proportionaliteitstoets worden voldaan: de maatregel moet geschikt en proportioneel zijn om dat doel te bereiken. In deze

300. Spezzino, r.o. 44, CASTA, r.o. 54.

301. Spezzino, r.o. 53-54, CASTA, r.o. 58.

302. Idem.

303. O.a.: HvJ EG 17 juni 1997, C 70/95, ECLI:EU:C:1997:301 (*Sodemare*); HvJ EG 19 april 2007, C-444/05, ECLI:EU:C:2007:231 (*Stamatelaki*); HvJ EG 11 september 2008, C 141/07, ECLI:EU:C:2008:492 (*Commissie/Duitsland*); HvJ EU 1 juni 2010, gevoegde zaken C-570/07 en C-571/07, ECLI:EU:C:2010:300 (*Blanco Pérez en Gómez*).

304. Spezzino, r.o. 57; CASTA, r.o. 61.

zaken geldt in dat verband dat de nationale regeling daadwerkelijk moet bijdragen tot de sociale doelstelling en de aan dat stelsel ten grondslag liggende doelstellingen van solidariteit en kostenefficiëntie moet nastreven.<sup>305</sup> Van belang is in dat kader onder meer dat de vrijwilligersorganisaties geen andere doelstellingen mogen nastreven en zij geen winst mogen halen uit hun dienstverlening en hun leden geen winst mogen verschaffen.<sup>306</sup> Ook mag geen misbruik worden gemaakt van de regeling.

Uit deze jurisprudentie volgt dan ook dat – in lijn met de sociale markteconomie – onder de vrijverkeersregels ruimte bestaat voor het nastreven van belangrijke nationale kernwaarden en behoeften bij de inrichting van het sociale zekerheidsstelsel. Het zijn immers kernwaarden die ook het welzijn van de (EU-)burgers betreffen. De maatregel moet echter wel altijd geschikt en proportioneel zijn om dat doel te bereiken.

#### *Samenvattend*

De uitzonderingsbepalingen en speciale regelingen binnen de EU-interne marktregulering tonen dat op EU-niveau rekening wordt gehouden met de bijzondere behoeften van bepaalde (sociale) diensten en dat er in mogelijkheden is voorzien om spanningen tussen de nationale behoeften en de EU-doelstellingen te voorkomen, dan wel op te lossen.<sup>307</sup> Met het oog op de kritische geluiden rondom de toepassing van EU-regulering, en met name de aanbestedingsverplichtingen voor sociale diensten, zou moeten worden bezien in hoeverre deze specifieke regelingen en uitzonderingen (on)voldoende mogelijkheid geven om sociale diensten in overeenstemming met de nationale behoeften te organiseren. Zo zal dienen te worden bezien of door een optimale benutting van de mogelijkheden en ruimte in het aanbestedingsrecht, bepaalde nationale behoeften, zoals de kwaliteit en continuïteit van de sociale diensten waarover nu de discussie bestaat of deze voldoende gewaarborgd zijn, toch kunnen worden verwezenlijkt. Daarnaast zou moeten worden bezien of het implementeren van een eigen nationale en specifiek toegesneden procedure voor sociale diensten ervoor kan zorgen dat voldoende rekening kan worden gehouden met deze aspecten.

Mocht blijken dat deze mogelijkheden tekortschieten, dan zou ik aanbevelen een onderzoek te doen naar de vraag of en zo ja bij welke sociale diensten deze mogelijkheden tekortschieten. Met andere woorden: in plaats van te pleiten voor een algehele uitzondering voor sociale diensten – zoals nu door de Nederlandse regering is gedaan<sup>308</sup> – zou het goed zijn te differentiëren tussen diensten die met gebruik van deze ruimte juist op een wijze kunnen worden georganiseerd dat sprake is van goede sociale diensten voor de (Nederlandse) EU-burgers en diensten waarbij deze aanbestedingsverplichting mogelijk daadwerkelijk haaks staat op de sociale dienstverlening.<sup>309</sup> Daarbij vergt dit nader onderzoek of de spanning tussen ver-

305. *Spezzino*, r.o. 60 e.v.

306. *Spezzino*, r.o. 61-62.

307. Zie ook Wehlander 2016, p. 7.

308. Zie o.a.: Beschouwing over inkoop jeugdhulp, kwaliteit en verantwoording 2019, p. 3.

309. Ik denk bij dit laatste dan vooral aan (specialistische) jeugdzorg, waarbij de continuïteit, kwaliteit of betaalbaarheid van de zorg in het gedrang zouden kunnen komen. Overigens worden tegenwoordig in de discussie steeds vaker de administratieve lasten genoemd als reden voor het uitzonderen van sociale diensten van de aanbestedingsrichtlijn. Hier speelt echter de belangrijke vraag of het

schillende kernwaarden (gelijke behandeling van alle geïnteresseerde zorgaanbieders en bijvoorbeeld de continuïteit of goede uitvoering van de diensten) daadwerkelijk het gevolg is van de (aanbestedings)regulering of dat dit feitelijk de uitkomst is van de wijze waarop de aanbestedingsregels worden toegepast – en het feit dat de mogelijkheden daarbinnen onbenut worden gelaten. Daarbij zal moeten worden bezien op welke grondslag in het EU-Verdrag een uitzondering kan worden toegelaten, zodat sprake blijft van een consistent en coherent stelsel.

## 2.6 **VOORWAARDEN VOOR TOEPASSELJKHEID INTERNE MARKTREGELS OP SOCIALE DIENSTEN: ‘GRENDOERSCHRIJDEND ASPECT’ EN ‘ECONOMISCHE ACTIVITEIT’**

Gemeenten die sociale diensten organiseren hebben dus te maken met de EU-interne marktbevoegdheden. Van belang is echter dat de bevoegdheden die de EU op het terrein van de interne markt heeft, afhankelijk is van een tweetal vereisten. De EU heeft namelijk pas bevoegdheden als de te organiseren sociale diensten een grensoverschrijdend aspect, ook wel (duidelijk) grensoverschrijdend belang, hebben (i) en alleen als het gaat om economische activiteiten (ii).<sup>310</sup> Aangezien in de hiernavolgende hoofdstukken, waarin de verschillende instrumenten van elkaar worden onderscheiden ervan uit wordt gegaan dat dit het geval is (of kan zijn in het geval van een duidelijk grensoverschrijdend belang), is het van belang hier nog enige aandacht aan te besteden. Temeer is dat van belang omdat bij beide vereisten – en dan vooral in het kader van toepasselijkheid van het aanbestedingsrecht – in Nederland discussie bestaat of daar bij sociale diensten in zijn algemeenheid sprake van is.<sup>311</sup> In dat verband wordt wel betoogd dat de aanbestedingsverplichting voor sociale diensten zou moeten worden afgeschaft. Zo heeft het ministerie van VWS in 2020 een onderzoek laten doen naar het grensoverschrijdend belang van sociale diensten.<sup>312</sup> Over de periode 2016-2018 is voor heel de EU onderzocht hoeveel opdrachten voor sociale diensten daadwerkelijk aan zorgaanbieders uit andere lidstaten worden gegund. Dit bleek een percentage van slecht 0,5%: van de in totaal 830 gepubliceerde gunningsbeslissingen bleken er vier contracten waarvan een deel van de percelen is gegund aan een zorgaanbieder uit een andere lidstaat.<sup>313</sup> Op grond daarvan wordt er wel gesteld dat geen sprake is van een grensoverschrijdend belang bij deze diensten.<sup>314</sup> Wat betreft de vraag of sociale diensten een economische activiteit betreffen, wordt regelmatig betoogd dat sociale diensten geen (economische) markt vormen, dan wel niet als zodanig zouden moeten worden benaderd.<sup>315</sup>

de aanbestedingsregels zijn die dit veroorzaken of de wijze waarop deze in de praktijk worden toegepast. Hier past een onderzoek naar de oorzaak van dit probleem.

310. Zie ook in: Van den Brink e.a., *working paper WRR 2019*, p. 31 e.v.; Rapport WRR 2018, p. 103.

311. Zie o.a.: *Kamerstukken II 2018/19*, 34477, nr. 56, p. 2; *Beschouwing over inkoop jeugdhulp, kwaliteit en verantwoording 2019*, p. 3.

312. Zie *Kamerstukken II 2020/21*, 34477, nr. 74; Viool e.a. 2020<sup>a</sup>; Viool e.a. 2020<sup>b</sup>.

313. Viool e.a. 2020<sup>b</sup>, p. 6.

314. Zie o.a.: Viool e.a. 2020<sup>b</sup>, p. 3, 7 en 8; *Kamerstukken II 2020/21*, 35816, nr. 3. Overigens worden deze bevindingen vervolgens gekoppeld aan het daaraan gelieerde onderzoek waaruit blijkt dat sprake is van zware uitvoeringslasten door de Europese aanbestedingsverplichting. Op grond daarvan wordt vervolgens gesteld dat de kosten van een aanbestedingsprocedure hoger zijn dan de baten en wordt door de Nederlandse regering in Brussel gepleit voor afschaffing van de Europese aanbestedingsverplichting, zie o.a.: *Kamerstukken II 2020/21*, 34477, nr. 74, p. 4-5.

315. Zie o.a. in: *Beschouwing over inkoop jeugdhulp, kwaliteit en verantwoording 2019*, p. 3.

De discussie op deze punten wordt hieronder geplaatst in het licht van het EU-recht.

Voorafgaand daaraan is echter van belang dat de conclusie van bovengenoemd onderzoek dat maar een klein percentage aan zorgaanbieders uit andere lidstaten wordt gegund in breder perspectief moet worden geplaatst en ook niet opzienbarend is te noemen. Zoals ook (ex-commissaris van de EC) Monti vaststelt in een rapport uit 2010, wordt namelijk van *alle* aanbestedingen gemiddeld slechts 2% van de contracten grensoverschrijdend (aan ondernemers uit andere lidstaten dan de aanbestedende dienst) gegund.<sup>316</sup> Dit is echter voor Monti geen reden om de aanbestedingsrichtlijnen af te schaffen; integendeel, Monti laat zien dat deze Europese regelgeving voor overheidsopdrachten tot belangrijke positieve effecten heeft geleid in de lidstaten, en dat deze regelgeving in het algemeen juist een succes is.<sup>317</sup> Zo zijn de aanbestedingsprocedures in de lidstaten transparanter geworden dan in het verleden, hebben zij een zeer positieve impact op de mededinging en hebben zij geleid tot een betere prijs/kwaliteitverhouding voor overheidsopdrachten.<sup>318</sup> Het enkele feit dat opdrachten voor sociale diensten in weinig gevallen grensoverschrijdend worden gegund, vormt met het oog daarop dan ook geen doorslaggevend argument om deze diensten van de aanbestedingsrichtlijn uit te zonderen; de werking en de effecten van de aanbestedingsrichtlijn moeten namelijk in breder opzicht worden beschouwd.

### 2.6.1 Zijn sociale diensten van grensoverschrijdend belang?

De EU-Verdragen stellen als vereiste voor de toepassing van het (primair) EU-recht dat sprake moet zijn van een grensoverschrijdend aspect. Zo is bijvoorbeeld ten aanzien van het vrij verkeer van diensten te lezen in artikel 56 VWEU dat *'beperkingen op het vrij verrichten van diensten binnen de Unie verboden zijn ten aanzien van de ondernemers der lidstaten die in een andere lidstaat zijn gevestigd dan die, waarin degene is gevestigd te wiens behoeve de dienst wordt verricht'*.

Voor het gebruik van de instrumenten zoals wordt besproken in de hiernavolgende hoofdstukken vloeit daaruit voort dat bijvoorbeeld bij de vergunning en het openhousemodel in beginsel geen maatregelen mogen worden genomen die het grensoverschrijdende verkeer van diensten of vestiging belemmeren. Zorgaanbieders uit andere lidstaten mogen dan ook in beginsel niet worden belemmerd door nationale bepalingen, zoals een voorgeschreven ondernemingsvorm voor zorgaanbieders of het voorschrijven dat werknemers bij zorgaanbieders een bepaalde Nederlandse opleiding hebben gevolgd (zonder daarbij Europese vergelijkbare opleidingen te erkennen) of door andere voorschriften die het voor buitenlandse zorgaanbieders (onnodig) minder makkelijk maken om in Nederland sociale diensten te verrichten of zich in Nederland te vestigen om die diensten aan te bieden. Op grond van het vereiste van grensoverschrijdend aspect geldt echter dat nationale regelingen die

316. Monti 2010, p. 92. Dit rapport dat gaat over de toekomst van de interne markt en is geschreven naar aanleiding van de economische crisis, schreef Mario Monti in opdracht van de toenmalige voorzitter van de Europese Commissie José Manuel Barroso.

317. Monti 2010, p. 91. Zie hierover ook: Manunza 2010<sup>b</sup>.

318. Idem.

geen effect hebben op dat grensoverschrijdende handelsverkeer, niet onder de EU-vrijverkeersbepalingen vallen.

Als het gaat om de inroepbaarheid van EU-recht, is daarbij van belang dat het HvJ EU inmiddels heeft geoordeeld dat rechtszoekenden, zorgaanbieders of andere EU-burgers zich alleen in grensoverschrijdende situaties op het primaire Unierecht, en dus de vrijverkeersbepalingen, kunnen beroepen; de vrijverkeersbepalingen zijn daarentegen niet toepasbaar in zuiver interne situaties: situaties waarin het gehele feitencomplex zich binnen een enkele lidstaat afspeelt.<sup>319</sup> In eerdere jurisprudentie was het HvJ EU dit vereiste steeds minder streng gaan toepassen, wat leidde tot een jarenlange discussie over de vraag welke situaties nog als zuiver interne situaties (die niet onder de interne marktregels vallen), konden worden aangemerkt.<sup>320</sup> Duidelijk is nu echter dat voor de toepasselijkheid van primair EU-recht sprake moet zijn van een grensoverschrijdend aspect. Dit betekent dat bijvoorbeeld een Nederlandse zorgaanbieder zich in beginsel niet kan beroepen op een Nederlandse bepaling die in strijd is met de EU-vrijverkeersregels uit het VWEU. Van belang is hier op te merken dat dit anders kan zijn als het gaat om een bepaling van secundair EU-recht. Verordeningen zijn immers direct toepasbaar en richtlijnen dienen in nationaal recht te worden omgezet waardoor ze ook in zuiver interne situaties gaan gelden. In deze gevallen kan dus wel in interne situaties een beroep worden gedaan.

In het geval van de vrijverkeersregels uit het VWEU, zoals bevestigd in het arrest *Ullens de Schooten*,<sup>321</sup> wordt de situatie pas als grensoverschrijdend gezien als een zorgaanbieder uit een andere lidstaat daadwerkelijk interesse heeft geuit voor het uitvoeren van de diensten, niet als daar potentieel interesse voor bestaat.<sup>322</sup> Op dit punt is het verschil met het aanbestedingsrecht groot, want bij het bepalen of een overheidsopdracht (met een waarde onder de aanbestedingsdrempels) een duidelijk grensoverschrijdend belang heeft – en daarom aan de Verdragsbepalingen is onderworpen – is juist niet vereist dat een ondernemer uit een andere lidstaat interesse heeft geuit.<sup>323</sup> Over de reden daarvan hieronder meer.

Wat het instrument van de subsidie betreft, is sprake van een grensoverschrijdend aspect wanneer door het verlenen daarvan ‘ongunstige beïnvloeding van de tussenstaatse handel’ kan plaatsvinden. Alleen dan is Unierecht van toepassing en kan sprake zijn van verboden staatssteun. Over dit punt heeft de EC in een mededeling uit 2016, onder verwijzing naar rechtspraak van het HvJ EU, meer duidelijkheid

319. Eijsbouts e.a. 2015, p. 102. Zie ten aanzien van de Dienstenrichtlijn: Botman, *TO* 2018, p. 8-18.

320. Zie over deze discussie: Manunza & Senden 2006 (n.a.v. een symposium over dit thema); zie ook kort: Eijsbouts e.a., p. 102.

321. HvJ EU 15 november 2016, C-268/15, ECLI:EU:C:2016:874 (*Ullens de Schooten*), r.o. 47; Botman, *AB* 2017, nr. 388. Zie ook: Van den Brink e.a. 2017, p. 141-142.

322. Voorafgaand aan dit arrest is in de literatuur flink kritiek geuit op de onvoorspelbare rechtspraak van het HvJ EU die op dit punt was ontstaan, zie daarover o.a.: Botman, *AB* 2017, nr. 388; Sevinga, *NEr* 2014/6, p. 196-202; Prechal, *SEW* 2015/11, p. 494-496. Ook A-G Wahl heeft in een aantal van zijn conclusies gepleit voor meer duidelijkheid, zie bijv.: Conclusies van A-G Wahl van 5 september 2013, in gevoegde zaken C-159/12 t/m C-161/12, ECLI:EU:C:2013:529 (*Venturini*) en van 12 maart 2015, C-497/12, ECLI:EU:C:2015:168 (*Gulotta*).

323. Zie o.a. *Belgacom*, r.o. 31. Meer daarover hierna.

gegeven.<sup>324</sup> Zo legt de EC daarin onder meer uit dat sprake is van ongunstige beïnvloeding van de grensoverschrijdende handel wanneer steun van een lidstaat de positie van bepaalde ondernemingen in het handelsverkeer binnen de Unie versterkt ten opzichte van andere concurrerende ondernemingen.<sup>325</sup>

Op grond van rechtspraak van het HvJ EU moet dit bovendien ruim worden uitgelegd. Zo hoeft allereerst niet te worden vastgesteld dat de steun het handelsverkeer tussen de lidstaten daadwerkelijk heeft beïnvloed, maar is voldoende of die steun dat handelsverkeer ongunstig kan beïnvloeden.<sup>326</sup> Ook kan sprake zijn van ongunstige beïnvloeding als de subsidie wordt verleend aan een onderneming die niet direct in het grensoverschrijdende handelsverkeer actief is. Dit laatste kan immers nog steeds toetreding van marktdeelnemers uit andere lidstaten bemoeilijken, bijvoorbeeld omdat het lokale aanbod in stand wordt gehouden of wordt veruimd.<sup>327</sup> Verder maakt het daarbij niet uit of de verrichte dienst lokaal of regionaal van aard is, noch wat de omvang van de betrokken activiteit is.<sup>328</sup> Daarbij geldt echter dat dit effect minder snel is te verwachten wanneer de omvang van de economische activiteit zeer klein is, zoals bijvoorbeeld kan blijken uit een zeer lage omzet.<sup>329</sup>

De beïnvloeding van het handelsverkeer tussen de lidstaten mag daarbij niet louter hypothetisch zijn of worden aangenomen. Er moet worden onderzocht waarom de maatregel de mededinging vervalst of dreigt te vervalsen en het handelsverkeer tussen de lidstaten kán beïnvloeden, op grond van de voorzienbare effecten van de maatregelen. De Commissie geeft ten slotte meer specifiek mee dat omstandigheden die in het verleden hebben geleid tot het oordeel dat een maatregel zuiver lokaal is, betreffen: dat de begunstigde goederen of diensten aan een beperkt gebied binnen een lidstaat leverde (i), dat er weinig kans was dat deze klanten uit andere lidstaten zou aantrekken (ii) en dat niet viel te voorzien dat de maatregel meer dan een marginaal effect zou hebben op de voorwaarden voor grensoverschrijdende investeringen of grensoverschrijdende vestiging (iii).<sup>330</sup> Het vergt dan ook een toets van het specifieke geval of de tussenstaatse handel door de subsidie kan worden beïnvloed. Zoals hiervoor reeds uiteengezet gelden daarbij voor sociale diensten ook specifieke voorschriften op grond van het DAEB-vrijstellingsbesluit en de DAEB-de-minimisverordening. Op grond daarvan is er veel ruimte om subsidies voor sociale diensten te verlenen die niet onder het Europese staatssteunverbod vallen.

324. Mededeling van de Commissie betreffende het begrip 'staatssteun' in de zin van artikel 107, lid 1, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, *PbEU* 2016, C262/1, p. 42.

325. Zie o.a.: HvJ EU 14 januari 2015, C-518/13, ECLI:EU:C:2015:9 (*Eventech Ltd*), r.o. 66; HvJ EU 8 mei 2013, C-197/11 en C-203/11, ECLI:EU:C:2013:288 (*Eric Libert*), r.o. 77. Zie hierover meer: Mededeling van de Europese Commissie, *PbEU* 2016, C262/1, p. 42.

326. *Eventech Ltd*, r.o. 65; *Eric Libert*, r.o. 76; zie daarover de Mededeling van de Commissie betreffende het begrip 'staatssteun' in de zin van artikel 107, lid 1, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, *PbEU* 2016, C262/1, p. 42.

327. *Eventech Ltd*, r.o. 67; *Eric Libert*, r.o. 78; *Altmark*, r.o. 78.

328. Zie bijv.: *Altmark*, r.o. 81-82. Zie ook: Gids Europese Commissie, SWD(2013) 53 final/2, Q&A 36; Mededeling van de Europese Commissie, *PbEU* 2016, C262/1, p. 42.

329. *Idem*.

330. Zie met inbegrip van specifieke voorbeelden: Mededeling van de Commissie betreffende het begrip 'staatssteun' in de zin van artikel 107, lid 1, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, *PbEU* 2016, C262/1, p. 42-43.

Het beoordelen of steunmaatregelen verenigbaar zijn met de interne markt behoort tot de exclusieve bevoegdheid van de Europese Commissie. Nationale rechters mogen echter wel toetsen of sprake is van staatssteun in de zin van artikel 107 VWEU.<sup>331</sup> Ook mogen nationale rechters tijdens een gerechtelijke procedure toetsen of aan de voorwaarden van bijvoorbeeld een vrijstellingsverordening is voldaan. Belanghebbenden kunnen daarbij op grond van artikel 24 van de Procedureverordening (Verordening 2015/1589) door middel van een klachtenformulier een klacht indienen om de Europese Commissie in kennis te stellen van mogelijk onrechtmatige steun of van mogelijk misbruik van steun.<sup>332</sup> De EC moet elke klacht van een belanghebbende onderzoeken. Een dergelijke klachtprocedure is echter alleen ontvankelijk wanneer de steun niet is aangemeld bij de EC.

*EU-aanbestedingsplicht voor sociale diensten: is er een grensoverschrijdend belang?*

In het aanbestedingsrecht is het bestaan van een grensoverschrijdend aspect,<sup>333</sup> hierna aangeduid als (duidelijk) grensoverschrijdend belang, allereerst af te leiden uit de drempelbedragen die tweejaarlijks door de Europese Commissie worden vastgesteld.<sup>334</sup> Overheidsopdrachten die met hun waarde deze drempelbedragen overstijgen zijn op grond daarvan onderworpen aan een EU-aanbestedingsplicht.<sup>335</sup> Vanaf de specifiek vastgestelde drempelwaarde is het grensoverschrijdend belang van de opdracht dan ook gegeven.

Sinds Richtlijn 2014/24/EU bestaat er op grond van art. 4 sub d van deze richtlijn ook een dergelijk drempelbedrag voor overheidsopdrachten voor sociale diensten, namelijk de drempel van € 750.000. Vanaf deze waarde worden opdrachten voor sociale diensten sinds 2014 dus als van grensoverschrijdend belang geacht. Opvallend is daarbij dat dit drempelbedrag met de tweejaarlijkse herzieningen van de drempelbedragen tot nu toe ongewijzigd is gebleven. Tegelijkertijd geldt dat onder deze drempel sprake is van een vermoeden dat geen sprake is van een grensoverschrijdend belang.<sup>336</sup> Van belang is echter te vermelden dat aan het vaststellen van deze drempel voor sociale (en andere specifieke) diensten een interessante geschiedenis vooraf is gegaan.

331. Zie voor de precieze bevoegdheden van de nationale rechter: Mededeling van de Commissie over de handhaving van de staatssteunregels door nationale rechterlijke instanties, *PbEU* C.305/1, par. 4.2.

332. Een belanghebbende is op grond van art. 1 (h), van de Procedureverordening: 'een lidstaat en een persoon, onderneming of ondernemersvereniging waarvan de belangen door de toekenning van steun kunnen worden getroffen, in het bijzonder de begunstigde van de steun, concurrerende ondernemingen en beroepsverenigingen'.

333. Zie voor een kritische bespreking van het grensoverschrijdend aspect bij aanbestedingen: Manunza 2006, p. 71-89.

334. Zie de regelingen voor 2022-2023, o.m.: Gedelegeerde Verordening (EU) 2021/1952 van de Commissie van 10 november 2021 tot wijziging van Richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad wat de drempels betreft voor overheidsopdrachten voor leveringen, diensten en werken, en prijsvragen, *PbEU* L 398/23; Gedelegeerde Verordening (EU) 2021/1951 van de Commissie van 10 november 2021 tot wijziging van Richtlijn 2014/23/EU van het Europees Parlement en de Raad wat de drempels voor concessies betreft, *PbEU* L 398/21.

335. Zo geldt vanaf 2022 voor overheidsopdrachten voor werken het drempelbedrag van: € 5.382.000; voor leveringen en diensten centrale overheid: € 140.000; leveringen en diensten voor de decentrale overheid: € 215.000; voor sociale diensten geldt het drempelbedrag van: € 750.000.

336. Zie in het bijzonder voor sociale diensten, Richtlijn 2014/24/EU, considerans punt 114.



Voorheen, onder de eerste aanbestedingsrichtlijn voor diensten, Richtlijn 92/50/EG, vielen de sociale diensten namelijk onder de categorie ‘niet-prioritaire diensten’ opgenomen in bijlage IB. In Richtlijn 2004/18/EG werden dit de bijlage IIB-diensten. Aanbestedende diensten waren op grond van deze aanbestedingsrichtlijnen uitsluitend verplicht de technische specificaties op te nemen in het contract en aan het publicatiebureau een aankondiging te zenden met de uitslag van de procedure voor het plaatsen van deze opdrachten, een bekendmaking ex post dus.<sup>337</sup> Voor deze diensten ging de Uniewetgever voor 2014 namelijk van het vermoeden uit dat opdrachten voor het verlenen van dergelijke diensten, gelet op de specifieke aard ervan, *a priori* geen grensoverschrijdend belang hebben dat een aanbestedingsplicht rechtvaardigt.<sup>338</sup> In feite ging de Uniewetgever er toen dus vanuit dat geen of nauwelijks grensoverschrijdende interesse voor deze opdrachten zou bestaan – evenals de Nederlandse regering in het genoemde onderzoek uit 2020 nog steeds betoogt. Daarbij was in de considerans van de Richtlijnen 92/50 en 2004/18 wel reeds vermeld dat het ging om een ‘overgangperiode’, waarin deze diensten werden gevolgd om te bezien of deze diensten in de toekomst aan de volledige werking van de aanbestedingsrichtlijn moesten worden onderworpen.<sup>339</sup>

Uit rechtspraak van het HvJ EU volgde toen echter al dat dergelijke diensten, hoewel zij niet onder de aanbestedingsrichtlijn vielen, wel een zogenoemd ‘duidelijk grensoverschrijdend belang’ kunnen hebben.<sup>340</sup> In dat geval zijn volgens het Hof de vrijverkeersbepalingen en beginselen van het VWEU, waaruit de aanbestedingsrichtlijnen immers voortvloeien, van toepassing. Uit deze beginselen volgen verplichtingen die meeromvattend zijn dan de vereisten die toendertijd waren opgenomen in de aanbestedingsrichtlijnen voor deze specifieke IB-diensten, namelijk een transparantieplicht (dat wil zeggen bekendmaking van de opdracht) voorafgaand aan de gunning van de opdracht.

Een interessante zaak in dat verband is het arrest *An Post*.<sup>341</sup> In deze zaak werd een opdracht voor sociale diensten – het ging om een overeenkomst voor het innen van sociale uitkeringen – met het oog op bovenstaande summere vereisten uit Richtlijn 92/50, door de Ierse minister van Sociale Zaken rechtstreeks zonder een aanbestedingsprocedure gegund aan An Post. Vermeldenswaardig is daarbij dat deze opdracht reeds vanaf 1992 aan An Post was gegund, met tussentijdse verleningen tot aan 2002. In een inbreukprocedure van de EC overweegt het Hof in deze zaak dat, hoewel de toenmalige richtlijn er vanuit gaat dat deze diensten *a priori* geen grensoverschrijdend belang hebben, alsnog de vrijverkeersbepalingen en daaruit voortvloeiende beginselen van toepassing zijn in het geval dat dergelijke opdrachten wel een duidelijk grensoverschrijdend belang vertonen.<sup>342</sup> In dat geval

337. Art. 14 en 16 Richtlijn 92/50/EG; art. 21 Richtlijn 2004/18/EG.

338. Zie o.a. in: HvJ EG 13 november 2007, C-507/03, ECLI:EU:C:2007:676 (*An Post*), r.o. 25; en de considerans bij Richtlijn 92/50/EG en Richtlijn 2004/18/EG, punt 19.

339. Zie hierover ook: Uenk 2019, p. 59.

340. Voor een helder overzicht van de ontwikkeling rondom het duidelijk grensoverschrijdend belang, zie: Conclusie P-G B.J. Drijber van 18 december 2020, ECLI:NL:PHR:2020:1199 (*NS Stations/JCDecaux Nederland en Exterior Media*), vanaf punt 4.46; zie ook de conclusie van A-G Hartlief van 26 januari 2018, ECLI:NL:PHR:2018:83 (*JCDecaux Nederland B.V./Stichting Eindhoven Marketing*).

341. HvJ EG 13 november 2007, C-507/03, ECLI:EU:C:2007:676 (*An Post*).

342. *An Post*, r.o. 29.

is rechtstreekse gunning zonder (voorafgaande) transparantie volgens het Hof – behoudens objectieve rechtvaardiging – een verboden indirecte discriminatie op grond van nationaliteit.<sup>343</sup> Een dergelijke ongelijke behandeling is namelijk voornamelijk in het nadeel van in een andere lidstaat gevestigde ondernemingen, die door het ontbreken van een bekendmaking van de opdracht immers alle worden uitgesloten: een potentieel geïnteresseerde buitenlandse inschrijver kan bij het ontbreken van een bekendmaking van de opdracht immers zijn interesse niet uiten, simpelweg omdat hij van het bestaan van die opdracht niet (op tijd) af weet.

Hieruit volgde dat ook bij sociale diensten die een duidelijk grensoverschrijdend belang vertonen, vooraf transparantie moet worden gegeven over de gunning van deze opdracht. Alleen zo kunnen ondernemers uit andere lidstaten immers hun interesse voor deze opdracht kenbaar maken en kan de gelijke behandeling worden gewaarborgd. Daarbij zij nog opgemerkt dat de transparantieverplichting volgens het Hof niet inhoudt dat een aanbestedingsprocedure moet worden gevolgd.<sup>344</sup> Het gaat erom dat ondernemers uit andere lidstaten toegang krijgen tot alle relevante informatie betreffende deze overheidsopdracht vóór de toewijzing ervan, zodat zij, indien zij dat willen, hun interesse voor deze opdracht kunnen tonen. Eerder had de EC uitgelegd dat in dat geval een aankondiging van de opdracht vereist is om de mededinging open te stellen.<sup>345</sup>

Overigens krijgt de EC in de zaak *An Post* geen gelijk van het Hof. Zij heeft namelijk onvoldoende gegevens aangevoerd waaruit een duidelijk grensoverschrijdend belang blijkt.<sup>346</sup> Later, in het *SECAP*-arrest en daaropvolgende zaken, verduidelijkt het HvJ EU onder welke omstandigheden sprake kan zijn van een dergelijk belang.<sup>347</sup> Zo kan met name de geraamde waarde van de opdracht (1), samen met de technische aard ervan (2) of de plaats van uitvoering die voor buitenlandse marktdeelnemers interessant zou kunnen zijn (3), ertoe leiden dat sprake is van een duidelijk grensoverschrijdend belang.<sup>348</sup> Tevens kan daarbij rekening worden gehouden met het bestaan van klachten van in andere lidstaten gevestigde marktdeelnemers, mits wordt nagegaan of het werkelijke klachten en geen schijnklachten betreft (4).<sup>349</sup> Het Hof wijst er daarnaast op dat ook opdrachten met een relatief lage waarde een grensoverschrijdend belang kunnen hebben, op het moment dat de plaats van

343. *An Post*, r.o. 31.

344. Zie daarover duidelijk in HvJ EG 21 juli 2005, C-231/03, ECLI:EU:C:2005:487 (*Coname*), r.o. 21.

345. Interpretatieve mededeling van de Commissie over de Gemeenschapswetgeving die van toepassing is op het plaatsen van opdrachten die niet of slechts gedeeltelijk onder de richtlijnen inzake overheidsopdrachten vallen, *PbEU* 2006, C 179/2.

346. *An Post*, r.o. 32 e.v.

347. HvJ EG 15 mei 2008, gevoegde zaken C-147/06 en C-148/06, ECLI:EU:C:2008:277 (*SECAP*), r.o. 21 e.v. Zie verder: HvJ EG 7 juli 2008, C-347/06, ECLI:EU:C:2008:416 (*ASM Brescia*) en HvJ EU 14 november 2013, C-221/12, ECLI:EU:C:2013:736 (*Belgacom*), r.o. 29. HvJ EU 6 oktober 2016, C-318/15, ECLI:EU:C:2016:747 (*Tecnoedi*), r.o. 20; HvJ EU 5 april 2017, C-298/15, ECLI:EU:C:2017:266 (*Borta/Klaimpedos*), r.o. 44; HvJ EU 19 april 2018, C-65/17, ECLI:EU:C:2018:263 (*Oftalma Hospital*), r.o. 40. Overigens wordt reeds in het *Coname*-arrest aangevoerd dat enkel de geringe economische betekenis van de opdracht zou rechtvaardigen dat geen openbaarheid wordt gegeven aan de concessieopdracht; buitenlandse ondernemingen zouden daarin niet geïnteresseerd zijn. Het Hof gaat daar in deze zaak echter niet in mee, zie *Coname*, r.o. 21.

348. *SECAP*, r.o. 24.

349. Zie o.a.: *SECAP*, r.o. 31; *Tecnoedi*, r.o. 20; *Oftalma Hospital*, r.o. 40.

uitvoering dicht bij de grens van één of meerdere andere lidstaten ligt.<sup>350</sup> Het is aan de aanbestedende dienst om te verifiëren op basis van deze omstandigheden of sprake is van een duidelijk grensoverschrijdend belang. In het arrest *Tecnoedi* heeft het Hof verduidelijkt dat het daarbij moet gaan om een toets in concreto (omstandigheden waaruit het grensoverschrijdend belang blijkt) en niet om een abstracte toets (omstandigheden waaruit niet kan worden uitgesloten dat sprake is van een dergelijk belang).<sup>351</sup>

Inmiddels is met Richtlijn 2014/24/EU het onderscheid zoals dat bestond voor de IIB-diensten verdwenen en zijn sociale diensten, ondergebracht in een specifieke categorie, waarop de aanbestedingsrichtlijnen van toepassing zijn vanaf de drempel van € 750.000. Deze verandering is ingezet door de Europese Commissie op grond van het evaluatierapport '*Impact and effectiveness of EU Public Procurement Legislation*' in 2011.<sup>352</sup> In dat rapport, waarin verbeteringen worden voorgesteld voor de bestaande wetgeving en beleid en dat ook een rol vervulde bij de totstandkoming van de aanbestedingsrichtlijnen van 2014, wordt ook aandacht besteed aan het onderscheid tussen IIA- en IIB-diensten. Uit dit rapport blijkt onder meer dat in 2009 slechts 20% van de totale publieke uitgaven van goederen en diensten onder het bereik van de EU-aanbestedingsrichtlijnen viel. Als een van de factoren voor dit lage percentage worden de hoge publieke uitgaven voor gezondheids-, sociale en onderwijsdiensten genoemd, waarvan maar een klein gedeelte op EU-niveau is gepubliceerd.<sup>353</sup> De oorzaken daarvan worden vervolgens gevonden in de wijze waarop deze diensten worden gefinancierd, maar ook in het verlichte regime dat daarop op grond van de regeling van IIB-diensten van toepassing is. Daarbij komt dat uit bevindingen die in het evaluatierapport worden getoond, volgde dat in vergelijking met IIA-diensten, IIB-diensten (dit is dus ruimer dan alleen sociale diensten) bijna net zo vaak grensoverschrijdend worden gecontracteerd.<sup>354</sup> Volgens de EC valt het dan ook te betwijfelen of dit onderscheid nog te verantwoorden is in het licht van de economische en juridische ontwikkeling van de interne markt, en zij stelt in haar voorstellen voor de aanbestedingsrichtlijnen voor om het onderscheid tussen IIA- en IIB-diensten op te heffen.<sup>355</sup> Bijkomend voordeel daarvan zou zijn een vereenvoudiging van de regels en meer rechtszekerheid.<sup>356</sup> Nu uit de bevindingen bleek dat het grensoverschrijdend belang voor sociale, gezondheids- en onderwijsdiensten, nog steeds beperkt was, werd door de EC wel een speciaal regime voor deze diensten voorgesteld bij de herziening van de aanbestedingsrichtlijnen.<sup>357</sup> Voor deze diensten paste het volgens de EC om in de aanbestedingsrichtlijnen een drempel van € 500.000 op te nemen: uit een kwantitatief onderzoek naar de waarde van de contracten bleek namelijk dat deze soort diensten onder deze

350. SECAP, r.o. 31.

351. *Tecnoedi*, r.o. 22.

352. SEC(2011) 853 final; zie hierover ook in: Uenk 2019, p. 62.

353. SEC(2011) 853 final, p. 27. Zie hierover in: Uenk 2019, p. 62.

354. SEC(2011) 853 final, p. 135 e.v. Overigens kan hier sprake zijn van self-selection bias: IIB-diensten die niet werden gepubliceerd zijn niet in het onderzoek betrokken, wat maakt dat wanneer die wel zouden zijn betrokken, het percentage hoger zal liggen.

355. COM(2011) 896 final, p. 8. Zie eerder ook in: COM(2011) 15 def., p. 9.

356. COM(2011) 15 def., p. 9. Zie hierover in relatie tot sociale diensten: Barton, *European Law Review* 2012, p. 601.

357. COM(2011) 896 final, p. 11. Zie ook Uenk 2019, p. 63.

drempel geen grensoverschrijdend belang hebben.<sup>358</sup> In de definitieve versie van de richtlijn is die drempel uiteindelijk verhoogd naar € 750.000. Dit onderzoek van de EC heeft dan ook een andere uitkomst dan het in opdracht van het ministerie van VWS uitgevoerde onderzoek, waaruit zou blijken dat de grensoverschrijdende interesse ook boven die drempel ontbreekt.<sup>359</sup>

Als het gaat over de EU-aanbestedingsplicht voor sociale diensten is derhalve in de aanbestedingsrichtlijn vastgesteld dat opdrachten met een waarde vanaf de genoemde drempel een grensoverschrijdend belang hebben. Gezien de aard van deze diensten en daarmee samenhangende beperkte buitenlandse interesse voor opdrachten voor sociale diensten boven deze drempel, zal er echter niet snel sprake zijn van een duidelijk grensoverschrijdend belang onder de drempel. Deze opdrachten zullen dan ook voor het overgrote gedeelte niet op EU-niveau bekend hoeven te worden gemaakt. Is wel sprake van een duidelijk grensoverschrijdend belang dan hoeft geen aanbestedingsprocedure te worden gevolgd, maar moet de opdracht wel worden bekendgemaakt zodat deze wordt opengesteld voor mededinging. In Nederland is dan art. 1.7 sub b Aw 2012 van toepassing die de aanbestedingsbeginselen op dergelijke opdrachten van toepassing verklaart.

De vraag die daarbij ten slotte nog gesteld kan worden is of enkel zorgaanbieders uit andere lidstaten een beroep kunnen doen op de verdragsbepalingen als zij menen dat sprake is van een duidelijk grensoverschrijdend belang bij het gunnen van een overheidsopdracht.<sup>360</sup> De aanbestedingsrichtlijnen, die zijn geïmplementeerd in nationaal recht, kunnen door zowel binnenlandse als buitenlandse zorgaanbieders worden ingeroepen. Voor de toepasselijkheid van de vrijverkeersbepalingen moet echter, zoals hiervoor besproken, sprake zijn van een grensoverschrijdend aspect. Toch pakt dit anders uit in het aanbestedingsrecht. Volgens de rechtspraak is namelijk niet vereist dat marktdeelnemers daadwerkelijk belangstelling hebben geuit.<sup>361</sup> Zo overwoog het Hof in *Belgacom* dat deze transparantieverplichting, 'bovendien geldt ten aanzien van elke potentiële inschrijver ook al is deze gevestigd in dezelfde lidstaat als deze instantie'.<sup>362</sup> Achtergrond daarvan is dat bij het ontbreken van transparantie zorgaanbieders uit een andere lidstaat veelal niet op de hoogte zullen komen van de betreffende opdracht. De relevantie van deze vraag is voor Nederlandse situaties echter beperkt omdat in het nationale aanbestedingsrecht is voorzien in een transparantieverplichting voor opdrachten met een duidelijk grensoverschrijdend belang.<sup>363</sup>

358. COM(2011) 896 final, p. 10-11; Niet duidelijk wordt gemaakt welk onderzoek daaraan ten grondslag heeft gelegen.

359. Nogmaals dient hier erop te worden gewezen dat het percentage grensoverschrijdend gegunde opdrachten ook klein is bij andere overheidsopdrachten, maar dat het succes van de aanbestedingsrichtlijnen in breder opzicht moet worden beschouwd, zie Monti 2010; Manunza 2010<sup>p</sup>.

360. Over deze inroepbaarheid in de context van het aanbestedingsrecht, zie ook: Bleeker & Manunza 2014, p. 747 e.v.; zie eerder Manunza 2006.

361. Zie met name: *Belgacom*, r.o. 31.

362. *Belgacom*, r.o. 32.

363. Zie art. 1.7 sub b Aw 2012.

### 2.6.2 Zijn sociale diensten economische activiteiten?

Een tweede vereiste voor toepasselijkheid van de Europese vrijverkeersbepalingen, staatsteunregels en aanbestedingsregels is dat er sprake moet zijn van een economische activiteit.<sup>364</sup> Dit houdt dan ook in dat activiteiten die als niet-economisch kunnen worden aangemerkt, buiten de EU-verdragsbepalingen en het EU-aanbestedingsrecht vallen. Ook het staatsteunverbod is niet van toepassing op niet-economische activiteiten. Dit vereiste kwam hiervoor reeds kort ter sprake en is voor diensten van algemeen belang bijvoorbeeld terug te vinden in art. 14 VWEU en protocol nr. 26 bij het Verdrag.<sup>365</sup> Aangezien voor sociale diensten regelmatig wordt betoogd dat deze diensten naar hun aard niet-economisch zijn, zal hieronder worden ingegaan op de vraag wanneer naar EU-recht sprake is van een economische dan wel een niet-economische activiteit en hoe dat moet worden vastgesteld. Daaruit zal blijken dat vooral de wijze waarop deze diensten in Nederland momenteel zijn georganiseerd, maakt dat deze diensten voor de toepasselijkheid van EU-recht als economische activiteiten moeten worden gezien.

Als het gaat om sociale diensten, bestaat er discussie of deze soort diensten wel als economisch moeten worden aangemerkt. Gezien de aard van deze diensten, het gaat immers om zorg en voorzieningen voor kwetsbare mensen, wordt wel betoogd dat deze als niet-economisch moeten worden gezien. Ook de politieke stelling ‘de zorg is geen markt, en al helemaal geen Europese markt’, kan in die context als een dergelijk standpunt worden gezien.<sup>366</sup> Op grond daarvan wordt wel verdedigd dat sociale diensten dan ook niet onder de werking van het EU-recht, met name het aanbestedingsrecht zouden moeten vallen. Of sociale diensten economisch zijn, en of zij moeten worden onderworpen aan marktmechanismen, kan inderdaad op nationaal – politiek en maatschappelijk – niveau voor discussie vatbaar zijn.<sup>367</sup> Voor de toepasselijkheid van de Europese staatssteun, aanbestedings- en vrijverkeersbepalingen op deze diensten, moet echter worden aangesloten bij de Europese definitie van het begrip ‘economische activiteit’, die door het HvJ EU in zijn jurisprudentie is ontwikkeld.<sup>368</sup> Uit die jurisprudentie volgt dat ook bij sociale activiteiten snel sprake kan zijn van economische activiteiten.<sup>369</sup>

Voor de vrijverkeersregels kan een economische activiteit op basis van de jurisprudentie gedefinieerd worden als ‘iedere dienstverrichting tegen een economische

364. Zie ook: *Gids Europese Commissie*, SWD(2013) 53 final/2. Zie hierover uitgebreid: Wehlander 2016. Zie ook: Hatzopoulos, *Research Papers in Law* 2011; Sauter, *European Law Review* 2008.

365. Hatzopoulos, *Research Papers in Law* 2011, p. 2-3.

366. Als gesteld door de minister van VWS in: *Beschouwing over inkoop jeugdhulp, kwaliteit en verantwoording* 2019, p. 3.

367. Hatzopoulos, *Research Papers in Law* 2011, p. 3.

368. *Gids Europese Commissie*, SWD(2013) 53 final/2, Q&A 222; zie ook uitgebreid: Van de Gronden & Sauter, *Legal Issues of Economic Integration* 2011, p. 215; zie ook: Mededeling van de Commissie betreffende het begrip ‘staatssteun’ in de zin van artikel 107, lid 1, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, *PbEU* 2016/C 262/01. Wehlander 2016, p. 36; Manunza & Meershoek, *PPLR* 2020, p. 353.

369. Van de Gronden & Sauter, *Legal Issues of Economic Integration* 2011, p. 216. Zie bovendien duidelijk in: HvJ EU 14 juli 2022, C-436/20, ECLI:EU:C:2022:559 (ASADE), vanaf r.o. 59.

tegenprestatie'.<sup>370</sup> In het staatssteun- en mededingingsrecht is een economische activiteit: iedere activiteit bestaande in het aanbieden van goederen en/of diensten op een bepaalde markt.<sup>371</sup> Ook in het aanbestedingsrecht kan worden aangesloten bij deze definities.<sup>372</sup> Beide toetsen komen er in feite op neer dat sprake moet zijn van een markt waarop diensten tegen economische prestatie worden aangeboden. Het gaat er daarbij om of de activiteiten onder concurrerende omstandigheden (kunnen) worden aangeboden, met andere woorden: is sprake van concurrentie op een markt dan wel is concurrentie op de markt mogelijk?<sup>373</sup> Verder is voor deze toets volgens het Hof niet de juridische status van de ondernemer (bijvoorbeeld met of zonder winsttoegmerk)<sup>374</sup> of de aard van de dienstverrichting (bijvoorbeeld of deze als sociaal wordt aangemerkt)<sup>375</sup> doorslaggevend, maar moet worden gekeken naar alle kenmerken van de betrokken activiteit, en met name de wijze waarop de dienst wordt verricht, georganiseerd en gefinancierd door de betrokken lidstaat.<sup>376</sup> Er kan dus ook sprake zijn van een economische activiteit als het gaat om sociale ondernemingen, vrijwilligersorganisaties of burgercoöperaties. Ook de vaststelling dat het gaat om sociale diensten, diensten voor kwetsbare mensen, is niet doorslaggevend. Deze feiten maken namelijk nog niet dat zij buiten de sfeer van de interne markt vallen en dat bijvoorbeeld ondernemingen die geïnteresseerd zijn om deze diensten uit te voeren, dan ook geen bescherming hebben tegen ongelijke behandeling als zij die diensten in een andere lidstaat willen verrichten. Het gaat bij het bepalen of sprake is van een economische activiteit dus voornamelijk om de vraag welke keuzes een lidstaat heeft gemaakt om deze sociale diensten te organiseren en te financieren. Dit kan dan ook per lidstaat verschillen en mettertijd veranderen, bijvoorbeeld als gevolg van politieke besluiten over de wijze waarop de activiteit wordt georganiseerd of als gevolg van ontwikkelingen op de markt.<sup>377</sup>

Toegepast op de organisatie van sociale diensten in Nederland moet worden geconcludeerd dat sprake is van concurrentie en het aanbieden van diensten op een markt als in het EU-recht bedoeld. Zoals bleek in de tweede paragraaf van dit hoofdstuk zijn in Nederland van oudsher diverse partijen actief. Sinds de overheid deze diensten is gaan financieren zijn deze zorgaanbieders meer en meer onderdeel

370. *Gids Europese Commissie*, SWD(2013) 53 final/2, Q&A 223; HvJ EG 16 juni 1987, C-118/85, ECLI:EU:C:1987:283 (*Commissie/Italië*), r.o. 7.

371. *Gids Europese Commissie*, SWD(2013) 53 final/2, Q&A 25; zie o.a. HvJ EG 16 juni 1987, C-118/85, ECLI:EU:C:1987:283 (*Commissie/Italië*), r.o. 3; HvJ EG 18 juni 1998, C-35/96, ECLI:EU:C:1998:303 (*Commissie/Italië*), r.o. 36-37; HvJ EG 12 september 2000, gevoegde zaken C-180/98 en C-184/98, ECLI:EU:C:2000:428 (*Pavlov e.a.*), r.o. 74.

372. Zie o.a.: HvJ EG 29 november 2007, C-119/06, ECLI:EU:C:2007:729 (*Commissie/Italië*); HvJ EU 14 juli 2022, C-436/20, ECLI:EU:C:2022:559 (*ASADE*), r.o. 59-66. Ook Hatzopoulos, *Research Papers in Law* 2011, p. 6, gaat uit van één definitie; zie ook: Manunza & Meershoek, *PPLR* 2020, p. 353.

373. Zie o.a. Wehlander 2016, p. 37 e.v.; Manunza & Meershoek, *PPLR* 2020, p. 353. Zie bijv. *Ambulanz Glöckner*, r.o. 20.

374. Zie o.a. HvJ EG 23 april 1991, C-41/90, ECLI:EU:C:1991:161 (*Höfner*), r.o. 21; HvJ EG 12 september 2000, gevoegde zaken C-180/98 en C-184/98, ECLI:EU:C:2000:428 (*Pavlov e.a.*), r.o. 117; zie bijv. in het aanbestedingsrecht: HvJ EG 29 november 2007, C-119/06, ECLI:EU:C:2007:729 (*Commissie/Italië*); HvJ EG 23 december 2009, C-305/08, ECLI:EU:C:2009:807 (*CoNISMa*).

375. Zie o.a.: HvJ EG 22 januari 2002, C-218/00, ECLI:EU:C:2002:36 (*INAIL*), r.o. 37. HvJ EG 12 september 2000, gevoegde zaken C-180/98 en C-184/98, ECLI:EU:C:2000:428 (*Pavlov e.a.*), r.o. 117-118; HvJ EG 22 mei 2003, C-355/00, ECLI:EU:C:2003:298 (*Freskot*), r.o. 77. Zie hierover ook: Wehlander 2016, p. 51.

376. Zie ook: *Gids Europese Commissie*, SWD(2013) 53 final/2, Q&A 25, 48, 223.

377. *Gids Europese Commissie*, SWD(2013) 53 final/2, Q&A 25.

van een met elkaar concurrerend stelsel geworden. Inmiddels bestaat er een divers landschap van zorgaanbieders die alle sociale diensten willen uitvoeren en elkaar dan ook beconcurreren. Bij het uitbesteden van sociale diensten moet dan ook met EU-regulering rekening worden gehouden die de gelijke behandeling van deze verschillende zorgaanbieders — ook uit andere lidstaten — waarborgt. Daarbij zij echter tegelijkertijd opgemerkt dat wanneer deze situatie waarin zorgaanbieders met elkaar concurreren dermate onwenselijk wordt geacht — bijvoorbeeld voor bepaalde vormen van (specialistische) jeugdzorg — en de Nederlandse overheid deze diensten aan de concurrentiesfeer zou onttrekken, dat dan sprake zou kunnen zijn van niet-economische activiteiten waarop het EU-interne marktrecht geen toepassing heeft. Er kan dus wel degelijk op politiek niveau de keuze worden gemaakt om deze diensten aan de concurrentiesfeer te onttrekken, op grond waarvan het EU-recht niet van toepassing zal zijn.

Interessant is dat de Europese Commissie ter verduidelijking aan de hand van haar besluiten en van rechtspraak het HvJ EU twee categorieën onderscheidt van activiteiten die geen economische activiteiten zijn.<sup>378</sup> Het gaat dan allereerst om activiteiten die verband houden met de uitoefening van bevoegdheden van openbaar gezag, ook wel de overheidsprerogatieven, denk aan het leger, de politie of de milieu-inspectie. Daarnaast gaat het om activiteiten van zuiver sociale aard. Voorbeelden van dit laatste zijn op basis van de rechtspraak o.a.: het beheer onder toezicht van de Staat van een verplichte verzekeringsregeling met een zuiver sociaal doel, waarvan de werking op het solidariteitsbeginsel berust, met verzekeringsuitkeringen die niet afhankelijk zijn van de hoogte van het premiebedrag en de beroepsinkomsten van de verzekerde;<sup>379</sup> openbaar onderwijs die in de regel worden gefinancierd uit de overheidsbegroting en waarmee de Staat ten behoeve van de bevolking zijn sociale, culturele en opvoedkundige taak vervult.<sup>380</sup> Ook hierbij blijkt het echter vooral te gaan om de wijze waarop die zuiver sociale diensten georganiseerd zijn. Deze kunnen namelijk alleen als niet-economisch worden aangemerkt als zij bijvoorbeeld onderdeel zijn van een nationaal stelsel op basis van solidariteit waarop geen concurrentie kan worden toegestaan om dat stelsel in tact te houden.<sup>381</sup>

Gezien uit het voorgaande blijkt dat sociale diensten in Nederland op dit moment als economische activiteiten moeten worden aangemerkt, zal er in de hiernavolgende hoofdstukken vanuit worden gegaan dat EU-recht op de organisatie daarvan van toepassing is.

378. Zie *Gids Europese Commissie*, SWD(2013) 53 final/2, Q&A 27 en 30. Zie ook Hatzopoulos, *Research Papers in Law* 2011, p. 10.

379. HvJ EG 17 februari 1993, gevoegde zaken C-159/91 en C-160/91, ECLI:EU:C:1993:63 (*Poucet en Pistre*); HvJ EG 22 januari 2002, C-218/00, ECLI:EU:C:2002:36 (*INAIL*), r.o. 43-48; HvJ EG 16 maart 2004, gevoegde zaken C-264/01, C-306/01, C-354/01 en C-355/01, ECLI:EU:C:2004:150 (*AOK Bundesverband e.a.*), r.o. 51-55.

380. HvJ EG 27 september 1988, zaak 263/86, ECLI:EU:C:1988:451 (*Belgische Staat/René Humbel en Marie-Thérèse Edel*), r.o. 18; HvJ EG 11 september 2007, C-318/05, ECLI:EU:C:2007:495 (*Commissie/Duitsland*), r.o. 74-75.

381. Zie bijv. HvJ EG 17 februari 1993, gevoegde zaken C-159/91 en C-160/91, ECLI:EU:C:1993:63 (*Poucet en Pistre*).

## 2.7 CONCLUDEREND

Gemeenten hebben bij de keuze van instrumenten om sociale diensten te organiseren te maken met EU-regulering. Daarom is in dit hoofdstuk eerst een stap terug gedaan en bezien op grond van welke EU-bevoegdheden EU-regulering op sociale diensten van toepassing is. Gebleken is dat het vooral de EU-interne marktbevoegdheden zijn die maken dat gemeenten bij het organiseren van sociale diensten te maken hebben met EU-regulering. Hoewel ook op het terrein van sociale diensten sprake is van gedeelde bevoegdheden, is op dit terrein nauwelijks regelgeving vastgesteld en genieten lidstaten dan ook soevereiniteit om de diensten te organiseren passend binnen de historische en culturele context en overeenkomstig de voorkeuren en behoeften van de gebruikers.

Met het Verdrag van Lissabon wordt daarbij onder de noemer van de sociale markteconomie en in het licht van de uiteindelijke doelstelling van Europa om ook de welzijn van EU-burgers te bevorderen, op EU-niveau gestreefd naar een evenwicht tussen de EU-interne marktregulering enerzijds en kernwaarden die lidstaten van belang achten, bijvoorbeeld bij het organiseren van hun sociale diensten, anderzijds. In de EU-interne marktregulering is dan ook voor gemeenten expliciet ruimte te vinden om de specifieke kenmerken en behoeften van sociale diensten mee te nemen als zij overheidsopdrachten aanbesteden, subsidies verstrekken of toelatingscriteria vaststellen voor zorgaanbieders die sociale diensten aan burgers willen aanbieden. Op deze wijze wordt op EU-niveau beoogd dat lidstaten sociale diensten van goede kwaliteit organiseren, en tegelijk aan alle geïnteresseerde en capabele zorgaanbieders in de EU, gelijke kansen bieden om tegen een goede prijs die kwaliteit te leveren. Zodoende treedt de EU dan ook wat betreft de organisatie van sociale diensten in de lidstaten, in overeenstemming met het attributiebeginsel, enkel op als zij bevoegdheden heeft, en in lijn met het subsidiariteits- en evenredigheidsbeginsel, enkel voor zover nodig om de doelstellingen van het Verdrag te verwezenlijken.



## Hoofdstuk 3

# De overheidsopdracht 3.0: duidelijke scheidslijnen om de overheidsopdracht van andere rechtsinstrumenten te onderscheiden

### 3.1 INLEIDING

In de praktijk van het sociaal domein, maar ook in andere sectoren, bestaat onduidelijkheid over de scheidslijnen tussen de overheidsopdracht en andere rechtsinstrumenten. Het gaat dan om de overheidsopdracht zoals gedefinieerd in EU-aanbestedingsrichtlijn 2014/24/EU.<sup>382</sup> Dit is onder meer terug te zien in de jurisprudentie van het HvJ EU, waarin regelmatig activiteiten die nationaal bijvoorbeeld de kwalificatie subsidie of doelfinanciering hebben gekregen, volgens het Hof moeten worden aangemerkt als een EU-overheidsopdracht.<sup>383</sup> In het sociaal domein betreft deze onduidelijkheid daarbij met name het onderscheid tussen de overheidsopdracht en de subsidie en de overheidsopdracht en een op een vergunningstelsel gelijkend openhousemodel.

Een tweetal voorbeelden. Zo kan het voorkomen dat een gemeente aan een zorgaanbieder een subsidie verleent voor het organiseren van sociale diensten van huishoudelijke hulp en daarbij een uitvoeringsovereenkomst sluit. Op grond van deze overeenkomst is de zorgaanbieder onder meer verplicht de huishoudelijke hulp ook daadwerkelijk aan cliënten in de betreffende gemeente die daarvoor in aanmerking komen, aan te bieden. De subsidie betreft een bedrag van € 900.000 en is bedoeld om de (gedeeltelijke) kosten van het leveren van huishoudelijke hulp te dekken. De vraag die hier echter gesteld moet worden is of deze activiteit als een subsidie kan worden aangemerkt, of dat volgens het recht sprake is van een overheidsopdracht in de zin van de Europese aanbestedingsrichtlijnen; een instrument met een ander doel en juridisch kader.

Een tweede voorbeeld. Evenzo kan het ook voorkomen dat een gemeente wel kiest voor het instrument van de overheidsopdracht bij het organiseren van huishoudelijke hulp. De gemeente organiseert een aanbestedingsprocedure, maar selecteert daarbij echter niet de beste ondernemers op basis van gunningscriteria die een rangorde teweegbrengen, maar formuleert de gunningscriteria als bekwaamheidseisen waar een zorgaanbieder aan moet voldoen. Daarbij wordt aan cliënten zelf de keuze gelaten om voor een van de gecontracteerde zorgaanbieders te kiezen. In feite wordt dan ook aan elke zorgaanbieder die aan de (rand)voorwaarden voldoet, een contract toegekend om huishoudelijke hulp te leveren aan cliënten die een beroep op deze zorgaanbieder doen. De juridische vraag die hier gesteld dient te worden is of de toekenning van een contract in een dergelijk stelsel nog wel is aan

382. Art. 2 lid 1 (5) Richtlijn 2014/24/EU; zie ook art. 1.1 Aw 2012. Zie hierover par. 1.3; deze definitie zal verder worden uitgewerkt en toegelicht in par. 3.5.

383. Zie o.a.: HvJ EU 18 oktober 2018, C-606/17, ECLI:EU:C:2018:843 (*IBA Molecular Italy*) en zie ook andersom: HvJ EU 2 juni 2016, C-410/14, ECLI:EU:C:2016:399 (*Falk Pharma*). Deze jurisprudentie wordt in dit hoofdstuk uitgebreid besproken.

te merken als een overheidsopdracht of dat hier eerder moet worden gesproken van een (soort) vergunningstelsel of wellicht van een ander rechtsinstrument.<sup>384</sup>

In dit hoofdstuk wordt een eerste aanzet gedaan om op de hierboven gestelde vragen een antwoord te geven. Daarbij wordt de EU-definitie van het begrip overheidsopdracht als uitgangspunt genomen en aan de hand daarvan duidelijk gemaakt, hoe de andere instrumenten daarvan juridisch moeten worden onderscheiden. Dit wordt vervolgens voor het onderscheid met de vergunning en subsidie verder uitgewerkt in hoofdstuk 4 en voor het onderscheid met het openhousemodel in hoofdstuk 5. Op deze wijze zal duidelijk worden aan de hand van welke scheidslijnen kan worden bepaald wanneer van welk instrument sprake is. Op basis daarvan zal een gemeente dan ook bij het organiseren van sociale diensten, een juiste keuze voor een bepaald rechtsinstrument kunnen maken.

De overheidsopdracht staat in dit hoofdstuk dan ook centraal, omdat deze als uitgangspunt wordt genomen voor het onderscheiden tussen rechtsinstrumenten. In dat kader zal allereerst in paragraaf 3.2 dieper worden ingegaan op dit instrument: de ontstaansgeschiedenis van de overheidsopdracht als Europees instrument, de belangrijkste uitgangspunten, doelen en beginselen van de overheidsopdracht en de meer recente ontwikkelingen van het aanbestedingsrecht als een instrument om de samenleving in te richten.<sup>385</sup> In paragraaf 3.3 wordt ingezoomd op sociale diensten en ingegaan op de historische ontwikkeling om sociale diensten verder onder de werking van de aanbestedingsrichtlijnen te brengen – iets wat pas met de richtlijn van 2014 heeft plaatsgevonden. Daarvoor waren deze diensten wel onderworpen aan enkele aanbestedingsregels en -beginselen, maar hoefden zij niet door middel van een aanbestedingsprocedure te worden gegund. In deze paragraaf zal ook in worden gegaan op de specifieke procedure voor sociale diensten, die in Nederland slechts summier is ingevuld. In paragraaf 3.4 zal vervolgens worden ingegaan op de voor- en nadelen die een keuze voor het instrument van de overheidsopdracht kan hebben op de goede (organisatie van) zorg. In paragraaf 3.5 wordt ten slotte aan de hand van de EU-definitie van de overheidsopdracht een eerste aanzet voor de scheidslijnen van de overheidsopdracht met andere rechtsinstrumenten gemaakt. Uit de definitie van het Europese begrip overheidsopdracht en de invulling die het HvJ EU daaraan heeft gegeven kunnen namelijk belangrijke scheidslijnen worden geïdentificeerd, aan de hand waarvan deze instrumenten juridisch van elkaar moeten worden onderscheiden.

384. De hier geschetste voorbeelden zijn gebaseerd op een tweetal arresten van het HvJ EU, maar omgevormd naar voorbeelden voor het sociaal domein: HvJ EU 18 oktober 2018, C-606/17, ECLI:EU:C:2018:843 (*IBA Molecular Italy*); HvJ EU 1 maart 2018, C-9/17, ECLI:EU:C:2018:142 (*Tirkkonen*).

385. Volgens Manunza is het aanbestedingsrecht een 'krachtig instrument om de samenleving op rechtmatige en duurzame wijze in te richten', definitie gebruikt in diverse publicaties en voordrachten o.a.: 'Juridische aspecten van "sociaal" aanbesteden', Congres Financieren in netwerken georganiseerd door Universiteit Leiden en Provincie Zuid-Holland, 13 april 2017; Manunza, *Ars Aequi* 2017; Deze opvatting is ook reeds duidelijk te zien in: Manunza 2010<sup>b</sup>; Manunza & Kühler 2011. Inmiddels is dit ook de lijn die in soft law door de EC wordt uitgezet, zie: COM(2017) 572 final.

### 3.2 **HISTORISCHE ONTWIKKELING EU-AANBESTEDINGSREGULERING: NAAR EEN INSTRUMENT VOOR EEN DUURZAAM EN SOCIAAL EUROPA**

#### 3.2.1 **Oorsprong en rechtsbasis EU-aanbestedingsrichtlijnen**

Het Nederlandse aanbestedingsrecht is vrijwel geheel van Europese oorsprong.<sup>386</sup> De Europese aanbestedingsregels, die een uniforme regeling voor de gunning van overheidsopdrachten voor de lidstaten in het leven riepen, kwamen tot stand in de jaren zeventig van de vorige eeuw. In die tijd was de Europese Unie nog de Europese Economische Gemeenschap (EEG) en telde zij slechts zes lidstaten: België, Nederland, Luxemburg, Duitsland, Frankrijk en Italië. In die beginjaren van het Europese samenwerkingsproces vormde het tot stand komen van een eengemaakte markt en het vrije verkeer van goederen, kapitaal, personen, diensten en vestiging reeds een belangrijk onderdeel van de samenwerking – een doelstelling die door de jaren heen steeds verder vorm heeft gekregen, mede onder invloed van jurisprudentie van het HvJ EU.<sup>387</sup> Het wegnemen van de grensbelemmeringen tussen de lidstaten zou namelijk grote economische en maatschappelijke voordelen kunnen opleveren voor de gemeenschap in het algemeen en de lidstaten in het bijzonder.<sup>388</sup> Daarnaast vond ook beïnvloeding van EU-recht plaats doordat individuele rechtssubjecten de vrijverkeersbepalingen gingen invoeren in uiteenlopende situaties, bijvoorbeeld ter bescherming tegen ongelijke behandeling met ondernemingen uit een andere lidstaat.

In de jaren zeventig van de vorige eeuw bleek echter een gemeenschappelijke Europese markt voor overheidsopdrachten zonder nadere EU-regulering niet tot stand te komen. Overheden in de lidstaten verstrekten hun opdrachten namelijk vooral aan nationale of lokale ondernemingen, bijvoorbeeld om de eigen economie te stimuleren of om werkloosheid tegen te gaan.<sup>389</sup> Dit protectionistische handelen van nationale overheden zorgde ervoor dat de hierboven bedoelde economische en maatschappelijke voordelen die uit een gemeenschappelijke Europese markt voor overheidsopdrachten zouden kunnen voortvloeien, niet werden verwezenlijkt.<sup>390</sup> De invoering van op EU-niveau gecoördineerde richtlijnen werd dan ook noodzakelijk bevonden om het vrij verkeer voor overheidsopdrachten tot stand te brengen.<sup>391</sup> Daarbij werd de discretionaire ruimte van overheden beperkt, zodat

386. Bleeker & Manunza 2014, p. 742.

387. Zie ook Manunza 2010<sup>b</sup>, p. 58-72; Janssen 2018, p. 21; Barnard 2013.

388. Zie hierover ook: WRR-rapport 2018, p. 76, p. 122.

389. Zie hierover bijv.: Manunza 2001, p. 244; Pennings & Manunza 2015, p. 173-174; Manunza, *Cobouw* 31 oktober 2014, p. 12; Arrowsmith 2014, p. 151.

390. Zie over de maatschappelijke en economische voordelen: o.a. Arrowsmith 2014, p. 219-224; Canton e.a., *TPEdigitaal* 2012, p. 51; Pijnacker Hordijk, Van der Bend & Van Nouhuys 2009, p. 5.

391. Het betrof drie richtlijnen: Richtlijn 70/32/EEG van de Commissie van 17 december 1969 betreffende leveringen aan de staat, aan zijn territoriale lichamen en aan andere publiekrechtelijke rechtspersonen (leveringen), *PbEG* 1970, L13/1; Richtlijn 71/304/EEG van de Raad van 26 juli 1971 betreffende de opheffing van de beperkingen van het verrichten van diensten op het gebied van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken en van de gunning van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken door bemiddeling van agentschappen of filialen (werken), *PbEG* 1971, L185/1 en Richtlijn 71/305/EEG van de Raad van 26 juli 1971 betreffende de coördinatie van de procedure voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken (coördinatie-richtlijn werken), *PbEG* 1971, L185/5-14.

discriminatie van ondernemingen uit andere lidstaten bij de gunning van overheidsopdrachten werd tegengegaan. Met de aanbestedingsrichtlijnen heeft de EU dus positieve maatregelen vastgesteld, nadat negatieve integratie door middel van de verboden van het vrij verkeer, voor overheidsopdrachten niet tot stand kwam.

De Europese aanbestedingsrichtlijnen vloeien voort uit de bepalingen van het vrij verkeer uit het EU-Verdrag, in het bijzonder het vrij verkeer van goederen en diensten en de vrijheid van vestiging als neergelegd in de huidige artikelen 34, 49 en 56 VWEU. De rechtsbasis voor deze richtlijn is daarbij te vinden in art. 114 VWEU.<sup>392</sup> Daarnaast vormt het aanbestedingsrecht een onderdeel van de interne marktdoelstelling van art. 26 VWEU, die sinds 1993 in de EU-Verdragen is opgenomen.<sup>393</sup> Meer in het bijzonder vloeit het Europese aanbestedingsrecht voort uit de fundamentele EU-beginselen van gelijke behandeling, non-discriminatie, wederzijdse erkenning, transparantie en proportionaliteit. In dat kader beogen deze beginselen in het aanbestedingsrecht met name te waarborgen dat voor alle (potentieel) geïnteresseerde inschrijvers in de EU-lidstaten een gelijk speelveld, hierna ook wel een *'level playing field'*, bestaat om een overheidsopdracht te kunnen verkrijgen. Zo overwoog ook het HvJ EU regelmatig:

*'de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten zijn op communautair vlak gecoördineerd om belemmeringen van het vrij verkeer van diensten en goederen op te heffen en dus om de belangen te beschermen van in een lidstaat gevestigde marktdeelnemers die goederen of diensten aan in een andere lidstaat gevestigde aanbestedende diensten wensen aan te bieden'*.<sup>394</sup>

De aanbestedingsrichtlijnen, op dit moment zijn dat Richtlijn 2014/23 (concessie-richtlijn), Richtlijn 2014/24 (klassieke sectoren) en Richtlijn 2014/25 (nutssectoren)<sup>395</sup>, omvatten specifieke regels over de wijze waarop – in overeenstemming met de beginselen van non-discriminatie, gelijke behandeling, transparantie en proportionaliteit – overheidsopdrachten in de lidstaten moeten worden gegund. Het gaat om regels die ervoor zorgen dat bij een aanbestedingsprocedure, onder meer bij de te stellen technische- en geschiktheidseisen, de gunningscriteria en contractvoorwaarden, deze beginselen in acht worden genomen. Zodoende worden overheidsopdrachten in de lidstaten opengesteld voor ondernemers uit andere lidstaten en kan eerlijke mededinging plaatsvinden.

392. Voorheen, bij de totstandkoming van de eerste richtlijnen, was dit art. 100A EG-Verdrag.

393. Zie art. 3 (3) VEU en 26 VWEU en voorheen art. 3 lid 1, sub c en art. 14 EG-Verdrag. Overigens is deze interne marktdoelstelling geen doel op zich maar maakt zij onderdeel uit van de bredere EU-doelstellingen, met name het hoofdoel om de vrede, haar waarden en het welzijn van haar volkeren te bevorderen (zie verder hierna).

394. Zie o.a.: HvJ EG 14 februari 2008, C-450/06, ECLI:EU:C:2008:91 (*Varec SA*); HvJ EG 27 februari 2003, C-373/00, ECLI:EU:C:2003:110 (*Adolf Truley GmbH*), r.o. 41; HvJ EG 12 december 2002, C-470/99, ECLI:EU:C:2002:746 (*Universale Bau e.a.*), r.o. 51. HvJ EG 18 juni 2002, C-92/00, ECLI:EU:C:2002:379 (*HI*), r.o. 43; HvJ EG 1 februari 2001, C-237/99, ECLI:EU:C:2001:70 (*Commissie/Frankrijk*), r.o. 41; HvJ EG 3 oktober 2000, C-380/98, ECLI:EU:C:2000:529 (*University of Cambridge*), r.o. 16. Zie hierover: Manunza, BR 2003 p. 747-757. Zie ook: Bouwman, TBR 2016/65, p. 428.

395. Er is verder ook een speciale defensierichtlijn: Richtlijn 2009/81/EG en een rechtsbeschermingsrichtlijn: Richtlijn 2007/66/EG.

### 3.2.2 Het aanbestedingsinstrument voor een Europese sociale markteconomie

Sinds de eerste richtlijnen voor werken en leveringen in de jaren zeventig, is het aanbestedingsrecht steeds verder uitgebreid. Zo is in de jaren negentig ook voorzien in een richtlijn voor diensten en is er in 2014 een concessierichtlijn bijgekomen. Daarnaast zijn in de aanbestedingsrichtlijnen, mede onder invloed van jurisprudentie van het HvJ EU, steeds meer regels opgenomen om te verduidelijken hoe de aanbestedingsbeginselen in verschillende situaties moeten worden toegepast, bijvoorbeeld als het gaat om het tegengaan van belangenconflicten, mogelijkheden met betrekking tot het vragen van keurmerken of (wezenlijke) wijzigingen van de opdracht. Ook zijn steeds meer soorten procedures in de aanbestedingsrichtlijnen uitgewerkt die kunnen worden gekozen om een overheidsopdracht te gunnen, zoals meer recent de procedure van het innovatiepartnerschap of de concurrentiegerichte dialoog.

Daarnaast moeten overheidsopdrachten met Richtlijn 2014/24/EU worden gegund op basis van de economisch meest voordelige inschrijving (EMVI), waarbij gunning op basis van de beste prijs/kwaliteitverhouding het uitgangspunt is.<sup>396</sup> Ondernemers uit de lidstaten worden daarbij dan ook uitgedaagd door middel van een competitie de beste oplossing in termen van prijs en kwaliteit, aan de aanbestedende dienst aan te bieden.

Aldus bestaat de aanbestedingsprocedure dan ook uit meerdere fasen: van marktconsultatie, technische eisen (wat wordt ingekocht), keuze van een procedure (hoe moet dat worden ingekocht), geschiktheidseisen (toets of inschrijver voldoende financiële draagkracht heeft en voldoende technisch en/of beroepsbekwaam is) tot aan de gunning (door middel van gunningscriteria) en de contractvoorwaarden, om uiteindelijk de beste uitvoerder voor een opdracht te contracteren.

#### *Instrumentele functie aanbestedingsrichtlijn*

Van groot belang is daarbij dat in de huidige aanbestedingsrichtlijnen de overheidsopdracht duidelijk een instrumentele functie heeft gekregen. In de considerans van Richtlijn 2014/24/EU wordt benadrukt dat overheidsopdrachten als marktinstrument kunnen worden ingezet om enerzijds slimme, duurzame en inclusieve groei te bereiken en anderzijds overheidsmiddelen zo efficiënt mogelijk te besteden.<sup>397</sup> Deze richtlijn geeft daarom ook regels zodat aanbestedingsprocedures door overheden kunnen worden gebruikt om 'gemeenschappelijke en maatschappelijke doelen' te bereiken. In deze aanbestedingsrichtlijnen is dan ook veel aandacht besteed aan de mogelijkheden voor aanbestedende diensten om naast het inkopen van de goederen, leveringen of diensten (sec), ook rekening te houden met aspecten zoals duurzaamheid, innovatie of milieu- en sociale verplichtingen.

Deze gewijzigde focus kan worden teruggevoerd op ontwikkelingen op EU-niveau waarbij – mede onder invloed van grote uitdagingen zoals de klimaatcrisis – steeds meer aandacht is gekomen voor het feit dat voor een duurzaam en krachtig Europa niet alleen economische voordelen maar ook duurzame en sociale keuzes

396. Zie art. 67 Richtlijn 2014/23/EU. Zie ook art. 2.114 en 2.115 Aw 2012.

397. Considerans punt 2, Richtlijn 2014/24/EU.

van belang zijn. Deze ontwikkeling is inmiddels duidelijk verankerd in het Verdrag van Lissabon, wat betreft de internemarkt doelstelling neergelegd in art. 3 (3) VEU. Zoals reeds besproken in paragraaf 2.5.1 is met dit Verdrag in 2009 ten aanzien van die doelstelling het begrip ‘open markteconomie met vrije mededinging’ veranderd in een ‘sociale markteconomie, met een gerichtheid op volledige werkgelegenheid en sociale vooruitgang’.<sup>398</sup> De doelstelling van de interne markt omvat daarmee dus expliciet niet langer enkel een economisch doel, maar beoogt de totstandkoming van een sociale markteconomie waaronder ook bredere maatschappelijke belangen vallen, zoals met betrekking tot een duurzaam en sociaal Europa. Daarbij zij opgemerkt dat de internemarkt doelstelling uiteindelijk onderdeel vormt van een hogere EU-doelstelling, namelijk om de vrede, haar waarden en het welzijn van haar volkeren te bevorderen.<sup>399</sup> Uiteindelijk zal al het recht van de Unie, en ook de interne marktregels, altijd ook in dat licht moeten worden beschouwd; de interne marktregels zijn een middel om dat doel te bereiken.<sup>400</sup>

Zoals blijkt uit het Monti-rapport ‘Een nieuwe strategie voor de eengemaakte markt’ uit 2010, is aan het aanbestedingsrecht een belangrijke rol toegeschreven om aan deze sociale markteconomie verder uitwerking te geven.<sup>401</sup> Ook in een tweetal daaropvolgende mededelingen van de Europese Commissie werd nogmaals het belang van de inzet van het aanbestedingsrecht voor het bereiken van deze nieuwe EU-doelstelling onderstreept.<sup>402</sup> Duidelijk is dan ook dat het huidige aanbestedingsrecht moet worden gezien als een instrument om (bredere) maatschappelijke doelen te bereiken, zoals het stimuleren van duurzaamheid en innovatie, maar ook het bevorderen van sociale cohesie en werkgelegenheid of het bestrijden van armoede.<sup>403</sup> De sociale markteconomie biedt daarbij specifiek voor sociale diensten ruimte om rekening te houden met de bijzondere (sociale) aspecten die met deze soort diensten kunnen samenhangen, denk aan bepaalde opleidingseisen of kwaliteitsstandaarden die lidstaten bij deze sociale diensten wensen te handhaven of aan de belangen van cliënten die bijvoorbeeld een keuze wensen te hebben uit meerdere zorgaanbieders.<sup>404</sup>

#### *Instrument in belang van overheid, inschrijvers én samenleving*

Manunza heeft in verband met deze instrumentele functie van het aanbestedingsrecht reeds langere tijd gewezen op het potentieel dat met een juiste benutting van het aanbestedingsrecht kan worden bereikt.<sup>405</sup> Zo kunnen overheidsopdrachten volgens Manunza worden ingezet om ondernemers uit te dagen met de beste op-

398. Art. 3 lid 3 VEU. Zie o.a. ook in: Manunza, *NJB* 2010/37, p. 2408-2413; Bleeker & Manunza 2014, p. 798-799 (Bleeker & Manunza stellen dat daarmee voor een genuanceerde vorm van marktwerking is gekozen); zie ook: Manunza 2016, p. 259-278.

399. Art. 3 (1) VEU.

400. Zie ook: Manunza, Meershoek & Senden 2020, p. 17.

401. Monti 2010, p. 91 e.v.; Ook bleek de belangrijke rol voor het aanbestedingsrecht duidelijk uit de “EU 2020 Strategie”, COM(2010) 2020 def., zie bijv. p. 18-19. Zie voor een vroege aanzet daarvan ook al in o.a. COM (2000) 379. Zie ook: Sjäfjell & Wiesbrock 2015; Bouwman, Janssen & Meershoek 2018, p. 160-161; Janssen & Bouwman 2020, p. 92-93.

402. COM(2010) 608 def. en COM(2011) 206 def.

403. Monti-rapport 2010, p. 93.

404. Zie o.a. ook: *Gids Sociaal kopen* 2021, p. 53 (par. 4.2).

405. Zie o.a. reeds Manunza, *BR* 2006/112, p. 531-537; Manunza, *BR* 2006/177, p. 824-826; Manunza 2010<sup>6</sup>; zie ook: Janssen, *TAA* 2012/1, p. 7-17.

lossingen te komen, niet alleen in economische termen, maar ook als het gaat om duurzaamheid en maatschappelijk verantwoorde oplossingen. Het aanbestedingsrecht vormt in die visie dan ook een krachtig instrument om de samenleving op rechtmatige en duurzame wijze in te richten, en moet niet worden gezien als slechts een optelsom van procedurele regels.<sup>406</sup> Met het oog daarop heeft Manunza aanbesteden ook wel gedefinieerd als ‘een methode om op objectieve wijze doelmatige en rechtmatige keuzes te maken’.<sup>407</sup> Bij aanbesteden gaat het namelijk om het vormgeven aan en het definiëren van wensen die in de samenleving of bij de overheid leven. Vervolgens moeten uit de bestaande mogelijkheden keuzes worden gemaakt, en moeten deze verschillende mogelijkheden worden beoordeeld.<sup>408</sup> Daarbij gaat het dus uiteindelijk om de effecten van een aanbesteding op (1) de overheid, (2) de samenleving (de burgers) en ook (3) de geïnteresseerde inschrijvers die de opdracht willen uitvoeren (inclusief de werknemers die bij een bedrijf werken). Door middel van aanbestedingen worden op deze wijze tal van werken, leveringen en diensten georganiseerd die – direct of indirect – essentieel zijn voor het leven van burgers, zoals de levering van water, gas of elektriciteit, de verwijdering en verwerking van afval, het verzekeren van de fysieke veiligheid van burgers, en ook de organisatie van sociale diensten als bedoeld in dit boek.<sup>409</sup>

Deze visie om de overheidsopdracht als een krachtig instrument aan te duiden voor de duurzame en rechtmatige inrichting van de samenleving, wordt de laatste jaren ook steeds vaker op EU-niveau ondersteund. Zo heeft de Europese Commissie in een Mededeling in 2017 zich in vergelijkbare bewoordingen geuit, toen zij vaststelde dat: ‘overheidsopdrachten voor overheden een krachtig instrument zijn om de overheidsmiddelen op een efficiënte, duurzame en strategische manier in te zetten, vooral in tijden van krappe nationale begrotingen’.<sup>410</sup> Bovendien lijkt op EU-niveau zelfs een ontwikkeling plaats te vinden naar een verplichting om bij aanbestedingen rekening te houden met duurzaamheid.<sup>411</sup> In Nederland kan artikel 1.4 (2) Aw 2012, waarin de verplichting voor de aanbestedende dienst is neergelegd om zo veel mogelijk maatschappelijke waarde te leveren bij een overheidsopdracht, worden gezien als een rechtsgrondslag om bij aanbestedingen rekening te houden met de maatschappelijke meerwaarde die met aanbestedingen kan worden gerealiseerd.<sup>412</sup>

Sinds de eerste aanbestedingsrichtlijnen in de jaren zeventig van de vorige eeuw is dan ook heden ten dage – vijftig jaar na dato – een veel meer omvattend pakket

406. Meermaals door Manunza genoemd in diverse presentaties en publicaties, o.a.: E.R. Manunza, Juridische aspecten van ‘sociaal’ aanbesteden, Congres Financieren in netwerken Universiteit Leiden en provincie Zuid-Holland, 13 april 2017; Manunza, *Ars Aequi* 2017.

407. Manunza, *Ars Aequi* 2017, p. 962.

408. Idem.

409. Idem.

410. COM(2017) 572 final; zie ook: Aanbeveling (EU) 2017/1805 van de Commissie van 3 oktober 2017 betreffende de professionalisering van overheidsopdrachten Ontwikkeling van een architectuur voor de professionalisering van overheidsopdrachten, *PbEU* L 259/28.

411. Zie bijv.: COM (2019) 640 final; en zie hierover: Wiesbrock, *Legal Issues of Economic Integration* 2013; Andrecka & Peterkova, *Nordic Journal of Commercial Law* 2017, p. 56-89; Janssen, *TAAN* 2020/1, p. 19-30. Janssen & Van Wijk-Van Gilst, *TBR* 2021/13. Ook reeds opgemerkt in: Janssen & Bouwman, *PPLR* 2020, p. 93-94.

412. Zie hierover uitgebreid Janssen & Bouwman, *PPLR* 2020.

aan aanbestedingsregels ontstaan, namelijk om enerzijds ervoor te zorgen dat overheden bij aanbestedingsprocedures hun inkoopkracht (kunnen) inzetten voor een duurzame samenleving en anderzijds ervoor te zorgen dat zij bij het maken van deze keuzes, waarbij zij dus een ruimere discretionaire vrijheid hebben gekregen, de basisbeginselen van het aanbestedingsrecht in acht nemen. Het potentieel van overheidsopdrachten voor de totstandkoming van een gemeenschappelijke markt is daarbij duidelijk: overheden in de lidstaten spenderen per jaar grote bedragen aan het inkopen van werken, leveringen en diensten. Zo bedroeg dit bijvoorbeeld in 2017 meer dan 14% van het BNP van de EU; het totale BNP in dat jaar bedroeg € 15.300 miljard.<sup>413</sup> Voor Nederland zijn cijfers over 2019 bekend op basis waarvan het totale inkoopvolume van de Nederlandse overheid werd geschat op € 86,6 miljard.<sup>414</sup>

### 3.2.3 Rechtsbeginselen als fundament onder het aanbestedingsrecht

In het aanbestedingsrecht spelen de hierboven reeds genoemde beginselen van non-discriminatie, gelijke behandeling, transparantie en proportionaliteit een belangrijke rol. Dergelijke beginselen vormen als fundamentele rechtsbeginselen ook een basis onder het gehele Unierecht, en ook de vrijverkeersbepalingen, waaruit de aanbestedingsrichtlijnen voortvloeien, zijn gestoeld op deze beginselen.<sup>415</sup> In het aanbestedingsrecht zijn deze beginselen er specifiek op gericht om het *level playing field* voor alle inschrijvers te waarborgen, zodat iedere (potentieel) geïnteresseerde voor een overheidsopdracht een gelijke kans heeft op een overheidsopdracht. Bovendien creëert dit gelijke speelveld de mogelijkheid om overheidsopdrachten te gunnen aan de ‘beste’ inschrijver. Deze beginselen beogen dan ook voor inschrijvers, als het gaat om sociale diensten zijn dat dus de zorgaanbieders, dat zij worden beschermd tegen ongelijke behandeling, fraude, corruptie en disproportionaliteit bij het gunnen van overheidsopdrachten. Tegelijkertijd kunnen aanbestedende diensten, in het sociaal domein gemeenten, door het in acht nemen van deze beginselen idealiter de beste inschrijvingen selecteren, om zo zorg van goede kwaliteit tegen een bepaalde prijs voor burgers te organiseren.<sup>416</sup> In de huidige aanbestedingsrichtlijn 2014/24 zijn deze beginselen gecodificeerd in artikel 18, waarin is neergelegd dat aanbestedende diensten ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze behandelen en op een transparante en proportionele wijze moeten handelen. Deze beginselen spelen dan ook een rol bij de beginfase van een aanbesteding, zoals de marktconsultatie, tot aan de eindfase van selectie, gunning en contractvoorwaarden. Deze basisrol voor de beginselen is daarbij ook terug te zien in de specifieke procedure voor sociale diensten. Op grond van artikel 76 lid 1 Richtlijn

413. Zie: Single Market Scoreboard Performance, p. 2, via: [http://ec.europa.eu/internal\\_market/scoreboard/\\_docs/2017/public-procurement/2017-scoreboard-public-procurement\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/scoreboard/_docs/2017/public-procurement/2017-scoreboard-public-procurement_en.pdf) (laatst gezien 31 aug. 2021); voor totale BNP, zie Eurostat: <https://ec.europa.eu/eurostat/web/products-eurostat-news/-/DDN-20180511-1?inheritRedirect=true> (laatst gezien: 31 aug. 2021).

414. Monitor Significant Synergy 2021.

415. Zie hierover: HvJ EG 5 december 1989, C-3/88, ECLI:EU:C:1989:606 (*Dataprocessing*), r.o. 8; zie bijv. ook: HvJ EG 13 oktober 2005, C-458/03, ECLI:EU:C:2005:605 (*Parking Brixen*), r.o. 48. Daarbij geldt dat deze beginselen zoals die gelden in het aanbestedingsrecht ook een olievlekkwerking hebben richting andere rechtsgebieden, die daardoor zijn beïnvloed, zie: Widdershoven 2021.

416. Zie ook: Janssen 2018, p. 32.



2014/24/EU moeten namelijk deze beginselen centraal staan bij het opstellen door de lidstaten van een bijzondere procedure voor sociale diensten:

*(...) de lidstaten stellen nationale regels voor het gunnen van opdrachten op grond van dit hoofdstuk op, om ervoor te zorgen dat de aanbestedende diensten de beginselen van transparantie en gelijke behandeling van ondernemers naleven’.*

Hieronder wordt op elk van deze beginselen afzonderlijk kort ingegaan, gezien hun grote belang voor het aanbestedingsrecht en hun belangrijke rol bij de gunning van overheidsopdrachten voor sociale diensten.<sup>417</sup> Daarbij zal blijken dat de beginselen van transparantie en proportionaliteit in het aanbestedingsrecht nauw verbonden zijn met het non-discriminatie en gelijkheidsbeginsel. Aansluitend zal kort stil worden gestaan bij twee belangrijke principes die in dit verband ook een belangrijke rol spelen in het aanbestedingsrecht: effectieve mededinging en objectiviteit.

### 3.2.3.1 *Beginselen van non-discriminatie en gelijke behandeling: waarborg tegen willekeur*

Een van de grondbeginselen van het aanbestedingsrecht is het gelijkheidsbeginsel.<sup>418</sup> Dit beginsel vormt een fundamenteel rechtsbeginsel van het EU-recht en speelt als rechtsbeginsel ook in het nationale recht een belangrijke rol.<sup>419</sup> Het non-discriminatiebeginsel vormt de keerzijde van dit beginsel, aangezien op grond daarvan discriminatie, en dus ongelijke behandeling verboden is. Het gelijkheidsbeginsel in algemene zin houdt in dat gelijke gevallen, behoudens objectieve rechtvaardiging, rechtens gelijk moeten worden behandeld.<sup>420</sup> Het gelijkheidsbeginsel is daarbij onder te verdelen in een formeel en materieel gelijkheidsbeginsel. Formele (procedurele) gelijkheid houdt in dat de procedure die gevolgd wordt voor iedereen hetzelfde is. Het beginsel houdt ook in dat de overheid wet- en regelgeving op gelijke wijze en zonder aanzien des persoons toepast. Bij materiële gelijkheid wordt rekening gehouden met de verschillende positie van personen of ondernemingen. Dit kan door iedereen gelijke kansen te bieden (kansengelijkheid) en/of door de vertegenwoordiging van bepaalde groepen te bevorderen (uitkomstengelijkheid). In het aanbestedingsrecht vereist het gelijkheidsbeginsel in formele zin dat voor alle geïnteresseerde inschrijvers dezelfde procedure wordt gevolgd: met een aanbestedingsprocedure wordt immers geen uitkomstengelijkheid beoogd, maar moet juist de beste inschrijver worden geselecteerd. Ook het materiële gelijkheidsbeginsel kan

417. Zie voor een uitwerking van de beginselen o.a. ook: Manunza 2001, p. 140-148; Essers & Lombert 2017, p. 29-32.

418. Zie hierover meer in o.a.: Manunza 2001; Manunza 2010<sup>b</sup>; Arrowsmith 2014, p. 614 e.v.; Essers & Lombert 2017, p. 29.

419. Zie bijv.: HvJ EG 19 oktober 1977, gevoegde zaken 117/76 en 16/77, ECLI:EU:C:1977:160 (*Ruckdeschel*), r.o. 7; HvJ EG 8 oktober 1980, zaak 810/79, ECLI:EU:C:1980:228 (*Überschär*), r.o. 16; zie over het gelijkheidsbeginsel in EU-recht de uitgebreide bespreking van McCrudden & Prechal 2009; zie voor het nationaal recht o.a.: Schlössels & Zijlstra 2010, p. 420; Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2014, p. 322.

420. Zie daarover o.a.: Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2014, p. 322; Burkens e.a. 2012, p. 96; Wieland 2017, p. 37.

echter een rol spelen. Zo is het uitgangspunt van art. 1.5 Aw 2012 dat een opdracht in percelen moet worden verdeeld er bijvoorbeeld op gericht de (gelijke) kansen voor het mkb te vergroten.

In het Europees recht speelt het gelijkheidsbeginsel op diverse deelterreinen een belangrijke rol.<sup>421</sup> In eerste instantie was het beginsel daarbij vooral economisch gericht. Zo was bijvoorbeeld de ratio achter artikel 119 EEG (het huidige artikel 157 VWEU), waarin de gelijke beloning van mannelijke en vrouwelijke werknemers voor gelijke of gelijkwaardige arbeid was neergelegd, vooral van economische aard, namelijk te voorkomen dat er een ongelijk speelveld zou ontstaan door de inzet van goedkopere vrouwelijke arbeidskrachten. Met de *Defrenne*-zaken werd het gelijkheidsbeginsel echter ook als een algemeen beginsel van Europees recht erkend en ging dit beginsel ook de sociale- en mensenrechten betreffen.<sup>422</sup> Inmiddels is in het EU-recht in diverse bepalingen voorzien die de gelijke behandeling van personen in de lidstaten regelen. Een belangrijk voorbeeld daarvan is hoofdstuk III van het Handvest van de Grondrechten van de EU. Het Europese gelijkheidsbeginsel speelt daarnaast van oudsher ook een belangrijke rol bij de regels van het vrij verkeer, waarop het aanbestedingsrecht is geënt. Daarbij is met name het non-discriminatiebeginsel, neergelegd in artikel 18 VWEU, van belang. Op grond van dit artikel is zowel directe als indirecte discriminatie op basis van nationaliteit verboden.<sup>423</sup> Regelingen en maatregelen in de lidstaten mogen op basis daarvan geen onderscheid maken naar herkomst of bestemming van goederen, diensten of werknemers en de maatregelen mogen ook niet dat effect hebben. Een uitzondering op dit verbod kan daarbij alleen worden gerechtvaardigd op basis van een objectieve reden (van algemeen belang); de maatregel in kwestie dient daarbij evenredig en geschikt te zijn om deze alternatieve doelstellingen te realiseren. Dit beginsel is zodoende van groot belang om het vrij verkeer in en tussen lidstaten te verwezenlijken en ervoor te zorgen dat gelijke behandeling plaatsvindt van EU-ondernemers of burgers.

#### *Concrete toepassing in het aanbestedingsrecht*

Evenzo speelt het gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel in het aanbestedingsrecht een belangrijke rol om het vrij verkeer – en een interne markt – voor overheidsopdrachten tot stand te brengen. Daarbij ziet het gelijkheidsbeginsel er hier op toe dat er gelijke behandeling plaatsvindt tussen alle geïnteresseerde inschrijvers op een overheidsopdracht en dat er zodoende voor alle geïnteresseerde inschrijvers een gelijke kans bestaat op het verkrijgen daarvan.<sup>424</sup> Omdat voor overheidsopdrachten een aanbestedingsprocedure is voorgeschreven, speelt het gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel daarnaast ook tijdens die gehele procedure een belangrijke rol om de gelijke behandeling van inschrijvers te verzekeren. Hoewel het beginsel van gelijke behandeling in de eerste versies van de aanbestedingsrichtlijnen nog niet expliciet was opgenomen, was dit beginsel als algemeen

421. McCrudden & Prechal 2009, p. 6.

422. HvJ EG 8 april 1976, zaak 43/75, ECLI:EU:C:1976:56 (*Defrenne*); HvJ EG 15 juni 1978, zaak 149/77, ECLI:EU:C:1978:130 (*Defrenne v. Sabena*).

423. Meer hierover in: Eijssbouts e.a. 2015, p. 85 e.v.

424. Zie o.a.: Manunza 2001; Arrowsmith 2014, p. 614 e.v.; Essers & Lombert 2017, p. 29.

beginsel van het primaire Unierecht dus reeds van toepassing.<sup>425</sup> Zo oordeelde het HvJ EU in het arrest *Storabaelt* dan ook dat: ‘ook al wordt in de richtlijn het beginsel van gelijke behandeling van de inschrijvers niet uitdrukkelijk genoemd, de verplichting om dit beginsel te eerbiedigen, volgt niettemin uit de hoofddoelstelling van deze richtlijn, die (...) de ontwikkeling van een daadwerkelijke mededinging op het gebied van overheidsopdrachten beoogt’.<sup>426</sup> In deze zaak oordeelt het Hof dat de eerbiediging van het beginsel van gelijke behandeling van inschrijvers, vereist dat alle offertes beantwoorden aan de voorschriften van het bestek teneinde een objectieve vergelijking van de door de verschillende inschrijvers ingediende offertes te waarborgen. Het accepteren van een daarvan afwijkende offerte werd in deze zaak dan ook in strijd geoordeeld met het gelijkheidsbeginsel.<sup>427</sup>

*Alle inschrijvers, ook nationale inschrijvers, moeten gelijk worden behandeld*

De belangrijke rol van het gelijkheidsbeginsel in het aanbestedingsrecht is terug te zien in veel arresten van het HvJ EU en ook in de nationale jurisprudentie. In een aantal arresten heeft het HvJ EU daarbij meer duidelijkheid gegeven over de betekenis van dit beginsel voor het aanbestedingsrecht. Zo volgt uit het *Waalse Bussen*-arrest, een zaak die draait om een opdracht voor de levering van acht bussen in België waarop alleen Belgische ondernemingen hadden ingeschreven, dat het beginsel van gelijke behandeling inhoudt dat niet alleen inschrijvers uit andere lidstaten gelijk moeten worden behandeld met nationale inschrijvers, maar dat alle inschrijvers gelijk moeten worden behandeld.<sup>428</sup> Uit dit arrest volgt daarnaast ook de nauwe samenhang van het gelijkheidsbeginsel met het transparantiebeginsel, zie hierna in paragraaf 3.2.3.2.

*Gelijkheidsbeginsel ziet ook op potentiële inschrijvers*

In het arrest *Commissie v. Frankrijk* verduidelijkte het Hof dat het gelijkheidsbeginsel van toepassing is in alle fasen van de aanbestedingsprocedure en daarom bijvoorbeeld ook ziet op potentiële inschrijvers.<sup>429</sup> In deze zaak was een opdracht voor elektrificatiewerkzaamheden in meerdere delen opgesplitst en afzonderlijk in verschillende publicaties aangekondigd. Hier werd dan ook betoogd dat een inschrijver die de exacte omvang van de opdracht niet kent, een minder concurrerende prijs zal voorstellen dan een inschrijver die de opdrachten in zijn geheel kent. Het Hof gaat hierin mee en oordeelt dat dit tot een informatievoorsprong kan leiden voor inschrijvers die de opdrachten in hun geheel kennen, en overweegt daarbij

425. Zie reeds in o.a. HvJ EG 20 september 1988, zaak 31/87, ECLI:EU:C:1988:422 (*Beentjes/Staat der Nederlanden*), r.o. 29; zie ook: HvJ EG 26 september 2000, C-225/98, ECLI:EU:C:2000:494 (*Commissie/Frankrijk*), r.o. 50.

426. HvJ EG 22 juni 1993, zaak C-243/89, ECLI:EU:C:1993:257 (*Storabaelt*), r.o. 33; zie later ook: HvJ EG 17 september 2002, C-513/99, ECLI:EU:C:2002:495 (*Concordia Bus Finland*), r.o. 81; Pijnacker Hordijk, Van der Bend & Van Nouhuys 2009, p. 29; Janssen 2018, p. 31.

427. *Storabaelt*, r.o. 37-43.

428. HvJ EG 25 april 1996, zaak C-87/94, ECLI:EU:C:1996:161 (*Waalse Bussen*), r.o. 30 e.v.; zie o.a. ook: HvJ EG 13 oktober 2005, C-458/03, ECLI:EU:C:2005:605 (*Parking Brixen*), r.o. 48; zie hierover meer: Arrowsmith 2014, p. 614-615.

429. HvJ EG 5 oktober 2000, C-16/98, ECLI:EU:C:2000:541 (*Commissie v. Frankrijk*), r.o. 107. Zie bijvoorbeeld ook: HvJ EG 29 april 2004, zaak C-496/99, ECLI:EU:C:2004:236 (*Succhi di Frutta*), r.o. 115 e.v.

dat die inschrijvers (die de opdracht in zijn geheel kennen) waarschijnlijk voor het merendeel onderdanen zijn van de lidstaat waarin de opdrachten voor elektrificatie zijn geplaatst.<sup>430</sup>

*Gelijkheidsbeginsel vereist soms ongelijke behandeling*

In het *Fabricom*-arrest trekt het HvJ EU een duidelijke parallel met het algemene gelijkheidsbeginsel als het overweegt dat het gelijkheidsbeginsel volgens vaste rechtspraak vereist dat, behoudens objectieve rechtvaardiging, vergelijkbare situaties niet verschillend en verschillende situaties niet gelijk worden behandeld.<sup>431</sup>

In deze zaak heeft *Fabricom*, een aannemingsbedrijf dat regelmatig inschrijft op overheidsopdrachten, nietigverklaring gevorderd van een bepaling in een Belgische wet waarin is neergelegd dat een persoon die belast geweest is met het onderzoek, de proeven, de studie of de ontwikkeling van die werken, leveringen of diensten niet mag inschrijven op een overheidsopdracht. Het Hof overweegt in dat kader allereerst dat een persoon die voor een opdracht voorbereidende werkzaamheden heeft verricht, zich 'niet noodzakelijkerwijs in dezelfde situatie bevindt als een persoon die dergelijke werkzaamheden niet heeft verricht'.<sup>432</sup> Deze persoon kan namelijk bij het formuleren van zijn offerte bevoordeeld zijn wegens de informatie die hij bij het verrichten van de voorbereidende werkzaamheden over de overheidsopdracht heeft kunnen verkrijgen. Op die manier kan dan ook sprake zijn van ongelijke kansen bij het verkrijgen van een overheidsopdracht. Ook kan die persoon zich in een situatie bevinden die kan leiden tot belangenverstremming. Hij kan namelijk volgens het Hof, zonder daartoe wellicht de bedoeling te hebben, de voorwaarden van de betrokken overheidsopdracht in voor hem gunstige zin beïnvloeden. Een dergelijke situatie zou de mededinging tussen inschrijvers kunnen vervalsen.<sup>433</sup>

Volgens het Hof is deze situatie dan ook dermate ongelijk ten opzichte van andere inschrijvers, dat het gelijkheidsbeginsel vereist dat een persoon in deze situatie anders wordt behandeld.<sup>434</sup> Het Hof oordeelt daarbij echter ook dat de ongelijke behandeling van die persoon die dan nodig is om het gelijke speelveld te bewaken, niet verder mag gaan dan noodzakelijk. De ongelijke behandeling zoals voortvloeit uit genoemde Belgische wet, gaat volgens het Hof daarbij te ver omdat deze persoon niet in de gelegenheid wordt gesteld aan te tonen dat geen sprake is van een kennisvoorsprong of een vervalsing van de mededinging.<sup>435</sup> Voorkomen moet dus worden dat dan alsnog ongelijke behandeling optreedt. Hier komt dan ook de nauwe verbandenheid van het gelijkheidsbeginsel met het proportionaliteitsbeginsel naar voren.

430. HvJ EG 5 oktober 2000, C-16/98, ECLI:EU:C:2000:541 (*Commissie v. Frankrijk*), r.o. 111.

431. HvJ EG 3 maart 2005, gevoegde zaken C-21/03 en C-34/03, ECLI:EU:C:2005:127 (*Fabricom*), r.o. 27. Het Hof verwijst o.a. naar de zaken: HvJ EG 14 december 2004, zaak C-434/02, ECLI:EU:C:2004:800 (*Arnold André*), r.o. 68 en HvJ EG 14 december 2004, C-210/03, ECLI:EU:C:2004:802 (*Swedish Match*), r.o. 70.

432. *Fabricom*, r.o. 28. Overigens is inmiddels in de richtlijn voorzien in een bepaling die deze situatie regelt, zie art. 24 Richtlijn 2014/24/EU en geïmplementeerd in art. 2.51 Aw 2012.

433. *Fabricom*, r.o. 30.

434. *Fabricom*, r.o. 31.

435. *Fabricom*, r.o. 33-35.

*Niet per definitie gelijke uitgangsposities vereist*

Uit het arrest *Concordia Bus Finland* volgt dat geïnteresseerde inschrijvers zich echter niet noodzakelijkerwijs in een vergelijkbare situatie moeten bevinden om de opdracht te kunnen verkrijgen. Het is immers inherent aan een situatie van competitie dat de inschrijvers niet allemaal even goed zijn. Zo oordeelde het HvJ EU in deze zaak, die ging om een aanbesteding voor bussen, dat het niet in strijd is met het gelijkheidsbeginsel te vereisen dat de bussen op aardgas rijden, als dat de specifieke behoefte is van de aanbestedende dienst en ten gevolge daarvan sommige ondernemingen niet kunnen meedingen naar de opdracht.<sup>436</sup>

*Voor alle inschrijvers moeten dezelfde voorwaarden gelden*

In het arrest *Succhi di Frutta*, dat vooral interessante inzichten geeft voor de toepassing van het transparantiebeginsel, overweegt het Hof dat het beginsel van gelijke behandeling vereist dat alle inschrijvers bij het opstellen van het in hun offertes gedane voorstel dezelfde kansen krijgen, en dat daarom voor alle mededingers dezelfde voorwaarden moeten gelden.<sup>437</sup>

In het aanbestedingsrecht betekent het gelijkheidsbeginsel dus in het bijzonder dat alle inschrijvers gelijke kansen dienen te hebben, dat alle potentieel geïnteresseerde inschrijvers gelijke toegang hebben tot dezelfde informatie en dat zij allen aan dezelfde regels worden onderworpen.<sup>438</sup> Daarbij heeft de jurisprudentie van het HvJ EU over het beginsel van gelijke behandeling er in de loop der jaren toe geleid dat diverse specifieke bepalingen in de aanbestedingsrichtlijnen zijn opgenomen om dit beginsel bij aanbestedingsprocedures te waarborgen, denk bijvoorbeeld aan regels over voorafgaande betrokkenheid bij een aanbesteding, keurmerken, termijnen, of de specifieke regels bij bepaalde procedures.<sup>439</sup> Door deze regels op te nemen in de richtlijn wordt duidelijker binnen welke grenzen de aanbestedende diensten met het oog op het gelijkheidsbeginsel moeten opereren. Keerzijde daarvan kan wel zijn dat de aanbestedingsregels als veelomvattend worden ervaren. Uiteindelijk lijken aanbesteders echter vooral baat te hebben bij deze uitgeschreven mogelijkheden over wat wel en niet kan.

*Toepassing gelijkheidsbeginsel bij sociale diensten*

Specifiek voor het gunnen van overheidsopdrachten voor sociale diensten betekent het gelijkheidsbeginsel dat een gemeente gedurende de gehele aanbestedingsprocedure de gelijke behandeling van geïnteresseerde zorgaanbieders voor deze opdracht moet verzekeren. Gemeenten mogen dan ook geen discriminerende eisen stellen of de opdracht naar eigen (subjectief) inzicht gunnen aan een zorgaanbieder.<sup>440</sup> Elk vereiste en elk criterium dat in de aanbestedingsprocedure wordt opgenomen, dient daarbij te worden getoetst aan het gelijkheidsbeginsel.

436. HvJ EG 17 september 2002, zaak C-513/99, ECLI:EU:C:2002:495 (*Concordia Bus Finland*), r.o. 85. Zie ook: Arrowsmith 2014, p. 616.

437. HvJ EG 29 april 2004, C-496/99 P, ECLI:EU:C:2004:236 (*Succhi di Frutta*), r.o. 110; zie hierover Janssen 2018, p. 31.

438. Zie meer hierover: Arrowsmith 2014, p. 615.

439. Arrowsmith 2014, p. 619. Concretisering van de beginselen werd ook reeds aangekondigd in de algemene programma's van de toenmalige EEG in de jaren zeventig.

440. Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 17 april 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:3605; Rb. Amsterdam 9 februari 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:755.

Zo zal de eis dat een zorgaanbieder gevestigd is in of nabij de regio waarin de betreffende sociale diensten worden uitgevoerd al snel in strijd zijn met het beginsel van non-discriminatie en gelijke behandeling. Immers, die eis sluit alle potentieel geïnteresseerden in die opdracht die niet in die regio gevestigd zijn van de opdracht uit. Wel zou de gemeente het vereiste kunnen opnemen dat de zorgaanbieder een vestiging opent in de regio, als dat noodzakelijk is voor de goede uitvoering van sociale diensten.<sup>441</sup> Dat is niet in strijd met het gelijkheidsbeginsel. In dat geval hebben namelijk ook (potentieel) geïnteresseerde inschrijvers die niet in de regio gevestigd zijn, een kans om de opdracht te verkrijgen, nu zij wel de mogelijkheid hebben een vestiging in de regio te openen. Daarnaast kunnen ook bijvoorbeeld opleidingseisen die geen rekening houden met gekwalificeerd personeel uit andere landen als discriminerend worden aangemerkt.

Als uitvloeisel van het gelijkheidsbeginsel geldt verder dat bijvoorbeeld alle informatie op gelijke wijze voor elke zorgaanbieder beschikbaar moet zijn, dat het alleen onder zeer strikte voorwaarden mogelijk is om als aanbestedende dienst de opdracht (de omvang, prijs of voorwaarden) te wijzigen, en er slechts beperkte mogelijkheid bestaat voor een zorgaanbieder om fouten in een inschrijving te laten herstellen.<sup>442</sup>

### 3.2.3.2 *Het transparantiebeginsel voor transparant overheidshandelen*

Het transparantiebeginsel in algemene zin waarborgt openbaarheid en transparantie van overheidshandelen. Door middel van transparantie geeft de overheid rekenschap van haar handelen en kan discriminatie en willekeur worden voorkomen.<sup>443</sup> Ook dit beginsel speelt in het EU-recht, en met name bij de regels van het vrij verkeer, een belangrijke rol.<sup>444</sup>

Het transparantiebeginsel, ook wel het beginsel van doorzichtigheid, hangt in het aanbestedingsrecht nauw samen met het gelijkheids- en het non-discriminatiebeginsel. Zo oordeelde het Hof regelmatig dat 'het beginsel van non-discriminatie op grond van nationaliteit (...) niet eng [mag] worden uitgelegd. Het verplicht onder meer tot transparantie, opdat de aanbestedende dienst zich ervan kan vergewissen dat het wordt nageleefd'.<sup>445</sup>

441. Zie voor dergelijke voorbeelden ook in: Manunza, Lohmann & Bouwman 2015.

442. De strikte voorwaarden voor wijzigen van de opdracht zijn neergelegd in art. 2.163a-g Aw 2012; zie voor het herstel van fouten, o.a.: HvJ EU 29 maart 2012, C-599/10, ECLI:EU:C:2012:191 (SAG); HvJ EU 10 oktober 2013, C-336/12, ECLI:EU:C:2013:647 (Manova); zie bijv. ook: Rb. Overijssel (vzr.) 7 december 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:4849.

443. Zie hierover: Bovis 2007, p. 65; zie meer algemeen over het transparantiebeginsel: Buijze, NTER 2011; Buijze 2013; en in relatie tot de verdeling van schaarse rechten: Drahmman 2015.

444. Zie o.a.: Drahmman 2015.

445. Zie o.a.: HvJ EG 18 november 1999, zaak C-275/98, ECLI:EU:C:1999:567 (Unitron Scandinavia), r.o. 31; HvJ EG 7 december 2000, C-324/98, ECLI:EU:C:2000:669 (Telaustria), r.o. 61-62; HvJ EG 21 juli 2005, C-231/03, ECLI:EU:C:2005:487 (Coname), r.o. 17-18; HvJ EG 13 oktober 2005, C-458/03, ECLI:EU:C:2005:605 (Parking Brixen), r.o. 49. Zie meer hierover o.a.: Manunza 2006, p. 77.

In het *Telaustria*-arrest komt daarbij een tweeledig doel van dit beginsel naar voren, namelijk aan de ene kant dat aan elke potentiële inschrijver een passende mate van openbaarheid wordt gegarandeerd, zodat de dienstenmarkt voor mededinging wordt geopend en aan de andere kant dat de aanbestedingsprocedures op onpartijdigheid kunnen worden getoetst.<sup>446</sup>

In het reeds genoemde arrest *Succhi di Frutta* noemt het HvJ EU, in een veelgeciteerde overweging van dat arrest, als essentieel doel van dit transparantiebeginsel 'dat elk risico van favoritisme en willekeur door de aanbestedende dienst wordt uitgebannen'.<sup>447</sup> Dit impliceert daarbij volgens het Hof dat 'alle voorwaarden en modaliteiten van de gunningsprocedure in het aanbestedingsbericht of in het bestek worden geformuleerd op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze, opdat, enerzijds, alle behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijvers de juiste draagwijdte kunnen begrijpen en zij deze op dezelfde manier interpreteren, en, anderzijds, de aanbestedende dienst in staat is om metterdaad na te gaan of de offertes van de inschrijvers beantwoorden aan de criteria welke op de betrokken opdracht van toepassing zijn'.<sup>448</sup>

Toepassing van het transparantiebeginsel blijkt noodzakelijk om de gelijke behandeling van geïnteresseerde inschrijvers uit de verschillende lidstaten te verzekeren.<sup>449</sup> Het transparantiebeginsel kent daarbij in het aanbestedingsrecht diverse facetten. Zo moet allereerst een aankondiging van een overheidsopdracht op EU-niveau bekend worden gemaakt en moet daarnaast de gunningsbeslissing aan alle inschrijvers bekend worden gemaakt. Verder vereist het beginsel onder meer dat tijdens de gehele aanbestedingsprocedure transparant wordt gehandeld. Zo moeten bijvoorbeeld de vereisten en criteria voor gunning van de opdracht duidelijk zijn omschreven en moet de motivering van de gunningsbeslissing aan bepaalde vereisten voldoen. Als het gaat om het aanbesteden van sociale diensten dan is van belang dat dit beginsel ook bij deze diensten vereist dat een opdracht (met een bepaalde waarde) op EU-niveau bekend moet worden gemaakt. Daarnaast moeten alle eisen en voorwaarden transparant en duidelijk kenbaar zijn voor alle geïnteresseerde zorgaanbieders. Zo is het bijvoorbeeld in strijd met het transparantiebeginsel om een eis op te nemen die voor meerderlei uitleg vatbaar is. Ook is het in het kader van het transparantiebeginsel van belang dat de punttoekenning bij de gunningscriteria voldoende wordt gemotiveerd.<sup>450</sup>

446. *Telaustria*, r.o. 61-62.

447. *Succhi di Frutta*, r.o. 111.

448. *Succhi di Frutta*, r.o. 111.

449. Zie ook Janssen 2018, p. 32.

450. Zie hiervoor bijvoorbeeld: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 20 maart 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:2652; Rb. Overijssel (vzr.) 22 maart 2018, ECLI:NL:RBOVE:2018:1244; Rb. Rotterdam (vzr.) 26 mei 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:3974.

### 3.2.3.3 *Proportionaliteitsbeginsel: waarborg tegen onevenredige en zware eisen*

Het proportionaliteitsbeginsel, ook wel het evenredigheidsbeginsel genoemd, behoort evenals de hiervoor besproken beginselen tot de algemene beginselen van het EU-recht.<sup>451</sup> Op het terrein van het aanbestedingsrecht heeft dit beginsel een vergelijkbare betekenis als op andere EU-rechtsterreinen; het houdt ook op dit rechtsgebied in dat een bepaalde maatregel of vereiste in verhouding dient te staan met het oog op het te bereiken doel en niet verder gaat dan noodzakelijk is.

Meer concreet betekent dit in het aanbestedingsrecht dat de gestelde eisen en voorwaarden in redelijke verhouding moeten staan tot het voorwerp van de opdracht, zowel met het oog op de omvang als op de aard van de opdracht. Wat de omvang van de opdracht betreft gaat het dan om het verbod om zwaardere eisen te stellen dan noodzakelijk. Wat de aard van de opdracht betreft mogen alleen eisen worden gesteld die verband houden met het voorwerp van de opdracht. Zo kan bijvoorbeeld met het oog op de *omvang* een geschiktheidseis disproportioneel zijn als een veel hogere omzeteis wordt gehanteerd dan nodig voor deze opdracht of als referentieopdrachten worden gevraagd om de bekwaamheid te bewijzen die vele malen zwaarder zijn dan de aan te besteden opdracht zelf.<sup>452</sup>

Met het oog op het verband met de *aard* van de opdracht mogen bijvoorbeeld geen (geschiktheid)eisen of (gunnings)criteria worden gesteld over het algemene beleid van een onderneming, zoals de voorwaarde dat de inschrijver een beleid van maatschappelijk en ecologisch verantwoord ondernemen voert.<sup>453</sup> Een voorbeeld is ook te vinden in het arrest *EVN/Wienstrom*. Hierin overweegt het Hof dat het in die zaak gehanteerde gunningscriterium, namelijk de hoeveelheid duurzaam opgewekte energie die de inschrijvers konden leveren na aftrek van de verwachte afname door de aanbesteder, geen verband hield met het voorwerp van de opdracht.<sup>454</sup>

Volgens het Hof had dit criterium namelijk geen betrekking op de leveringen die verricht werden in het kader van de opdracht, maar op leveringen die verricht werden voor andere afnemers. Daarbij zij evenwel opgemerkt dat met Richtlijn 2014/24/EU wel meer ruimte bestaat om voorwaarden te stellen die bijvoorbeeld verband houden met duurzaamheid, milieu- en sociale aspecten, ook als die niet de 'materiële essentie' van de werken, leveringen of diensten betreffen; het verband met het voorwerp van de opdracht is dus in die zin dynamisch en kan veranderen op basis van gewijzigde inzichten en focuspunten op EU-niveau.<sup>455</sup> Zo is bijvoorbeeld in de considerans punt 97 bij deze richtlijn te lezen dat gunningscriteria of contractvoorwaarden met betrekking tot duurzaamheid, sociale en milieuaspecten kunnen worden gehanteerd die het specifieke proces van productie, verrichting of verhandeling betreffen, zelfs als deze factoren niet tot de materiële essentie van het werk, de levering of de dienst behoren. Dit is overigens ook zo neergelegd in art. 67 lid 3 Richtlijn 2014/24/EU.

451. Zie o.a.: HvJ EG 11 juli 1989, C-265/87, ECLI:EU:C:1989:303 (*Schröder*), r.o. 21; HvJ EG 27 oktober 1993, C-127/92, ECLI:EU:C:1993:859 (*Enderby/Frenchay Health Services*), r.o. 27.

452. Essers & Lombert 2017, p. 31. Gids Proportionaliteit (versie 2020), p. 40 e.v.

453. Zie bijv. Richtlijn 2014/24/EU, considerans punt 97.

454. HvJ EG 4 december 2003, zaak C-448/01, ECLI:EU:C:2003:651 (*EVN/Wienstrom*), r.o. 68. Zie ook *Concordia Bus Finland*, r.o. 65 en 69.

455. Zie met name Richtlijn 2014/24/EU, considerans punt 97.



Het proportionaliteitsbeginsel functioneert in het aanbestedingsrecht in die zin dan ook als middel om ervoor te zorgen dat de bepalingen van de richtlijn – bij de toepassing ervan – niet hun doel voorbijschieten, en te vergaand worden toegepast.

Het proportionaliteitsbeginsel kan ook een belangrijke rol spelen bij het organiseren van sociale diensten. Aanbestedingsprocedures worden bij het organiseren van zorg namelijk regelmatig als een te zware (administratieve) belasting voor zowel gemeenten als zorgaanbieders ervaren.<sup>456</sup> Van belang is dat het proportionaliteitsbeginsel bescherming biedt tegen onnodige administratieve lasten en het stellen van disproportioneel zware eisen in een aanbestedingsprocedure verbiedt. Daarnaast speelt het beginsel een belangrijke rol bij de risicoverdeling in een contract tussen gemeenten en zorgaanbieders. Op grond van dit beginsel mogen namelijk ook geen disproportionele risico's bij de opdrachtnemer worden neergelegd.<sup>457</sup> Daarnaast speelt het beginsel ook een rol bij het bereiken van de doelstelling van de aanbestedingsrichtlijnen, aangezien door het tegengaan van onnodige belemmeringen zoals het stellen van zware eisen aan zorgaanbieders, overheidsopdrachten voor daadwerkelijke mededinging worden opengesteld.<sup>458</sup> Hier komt wederom het eerder genoemde verband met het gelijkheidsbeginsel naar voren: een eis in een aanbestedingsprocedure moet noodzakelijk zijn voor de opdracht, anders kan dit resulteren in een ongelijke behandeling die niet te rechtvaardigen is.

In het Nederlandse aanbestedingsrecht heeft het proportionaliteitsbeginsel met het wettelijk vastleggen daarvan in de Gids Proportionaliteit een belangrijke plaats gekregen.<sup>459</sup> In deze gids is voor alle fasen van de aanbestedingsprocedure uitgewerkt wat al dan niet proportioneel is bij het organiseren van een aanbestedingsprocedure, bijvoorbeeld met het oog op de keuze van de procedure, de te stellen technische eisen, geschiktheidseisen, gunningscriteria en contractvoorwaarden.<sup>460</sup> Daarnaast worden in de gids ook veel handvatten aangereikt om een aanbestedingsprocedure op een goede (rechtmatige en doelmatige) manier in te richten. Ook op Europees niveau lijkt het proportionaliteitsbeginsel, mogelijk onder invloed van de lidstaten die het belang van dit beginsel voor de aanbestedingsprocedure hebben onderstreept, een steeds belangrijkere rol te hebben gekregen. Zo heeft het proportionaliteitsbeginsel met artikel 18 van Richtlijn 2014/24/EU voor het eerst een prominente plek gekregen in de aanbestedingsrichtlijnen. Daarnaast heeft dit beginsel een belangrijke rol bij de uitsluitingsgronden; uitsluiting van inschrijvers mag op grond van dit beginsel alleen plaatsvinden als dit proportioneel is.<sup>461</sup>

456. Zie o.a.: *Kamerstukken II 2020/21*, 35816, nr. 3.

457. Zie o.a. de voorschriften 3.9A-D in de Gids Proportionaliteit (versie 2020); zie bijv. ook: *Gerechtshof Den Haag 14 februari 2017*, ECLI:NL:GHDHA:2017:260.

458. Zie ook: *Arrowsmith 2014*, p. 628.

459. Zie art. 10 *Aanbestedingsbesluit* en zie: *Gids proportionaliteit, tweede herziene versie 2020*. Inmiddels is de Gids ook in het Engels vertaald door het Instituut voor Bouwrecht, in te zien via: <https://www.ibr.nl/publicaties/aanbestedingsrecht-publicaties/proportionality-guide/>.

460. Zie ook *Hebly & Meesters, EPPL 2014*.

461. Zie voor meer hierover: *Arrowsmith*, p. 628; zie ook: *Bouwman, NtEr 2017*; *Bouwman, TBR 2016/65*, p. 432. Zie o.a.: *HvJ EG 3 maart 2005*, gevoegde zaken C-21/03 en C-34/03, ECLI:EU:C:2005:127 (*Fabriscom*); *HvJ EG 19 mei 2009*, C-538/07, ECLI:EU:C:2009:317 (*Assitur*); *HvJ EG 23 december 2009*, C-376/08, ECLI:EU:C:2009:808 (*Serrantoni*); *HvJ EU 10 juli 2014*, C-358/12, ECLI:EU:C:2014:2063 (*Consorcio Stabile Libor Lavori Pubblici*) en *HvJ EU 10 november 2016*, C-199/15, ECLI:EU:C:2016:853 (*Ciclat*); *HvJ EU 14 december 2016*, C-171/15, ECLI:EU:C:2016:948 (*Connexion Taxi Services*).

### 3.2.4 Effectieve mededinging en objectiviteit

#### 3.2.4.1 Effectieve mededinging: selecteren van de beste inschrijving(en)

Naast de aanbestedingsbeginselen speelt ook mededinging bij aanbestedingen een belangrijke rol. Het gaat in het bijzonder om de openstelling van overheidsopdrachten voor onvervalste eerlijke mededinging, ook wel daadwerkelijk of effectieve mededinging, door het openstellen van overheidsopdrachten voor mededinging van zowel ondernemers uit eigen als uit andere lidstaten. Hierdoor wordt namelijk een interne markt voor overheidsopdrachten tot stand gebracht en kunnen de voordelen daarvan voor de EU en haar burgers worden verwezenlijkt. Dit uitgangspunt van effectieve mededinging moet in het licht van het *level playing field* worden opgevat: door toepassing van de aanbestedingsbeginselen gedurende de aanbestedingsprocedure ontstaan voor ondernemers uit verschillende lidstaten gelijke kansen om naar overheidsopdrachten mee te dingen. De aanbestedingsprocedure is er daarbij op gericht om de beste inschrijving te selecteren door middel van een competitie op inhoud. Uitgangspunt is competitie op basis van de beste prijs/kwaliteitverhouding. (Effectieve) mededinging speelt in dat opzicht een belangrijke rol om de beste aanbieder, degene met de beste aanbieding, voor een contract te selecteren. Ondernemers worden daarbij uitgedaagd te komen met de beste oplossingen voor de behoefte van de aanbestedende dienst.

Dit uitgangspunt van effectieve mededinging is ook in Richtlijn 2014/24 terug te vinden. In art. 18 lid 1, waar de aanbestedingsbeginselen zijn neergelegd, is tevens bepaald dat 'overheidsopdrachten niet worden opgesteld met het doel om deze uit te sluiten van het toepassingsgebied van de richtlijn of om de mededinging op kunstmatige wijze te beperken'. Dit laatste wordt in dat artikel nog verder uitgelegd door de vermelding dat van kunstmatige beperking sprake is als een aanbesteding is ontworpen met het doel bepaalde ondernemers ten onrechte te bevoordelen of te benadelen. Ook in de considerans bij de richtlijn is vermeld dat de aanbestedingsregels zijn opgesteld om ervoor te zorgen dat de aanbestedingsbeginselen worden geëerbiedigd 'en overheidsopdrachten voor mededinging worden opengesteld'.<sup>462</sup> Hieruit volgt dat bij het gunnen van overheidsopdrachten daadwerkelijke en onvervalste mededinging moet kunnen plaatsvinden. Ook het HvJ EU beklemtoont regelmatig in jurisprudentie het belang van de openstelling van overheidsopdrachten voor onvervalste mededinging in alle lidstaten.<sup>463</sup> Zo oordeelde het Hof in het arrest *Stadt Halle*:

*'In dit verband zij in de eerste plaats herinnerd aan het hoofddoel van de gemeenschapsregels inzake overheidsopdrachten, (...), namelijk het vrij verkeer van diensten en de openstelling voor onvervalste mededinging in alle lidstaten.'*<sup>464</sup>

462. Considerans punt 1, Richtlijn 2014/24/EU.

463. Zie o.a.: HvJ EG 26 september 2000, C-225/98, ECLI:EU:C:2000:494 (*Commissie/Frankrijk*), r.o. 34; HvJ EG 12 juli 2001, C-399/98, ECLI:EU:C:2001:401 (*Ordine degli Architetti e.a.*), r.o. 52; HvJ EG 12 december 2002, C-470/99, ECLI:EU:C:2002:746 (*Universale Bau*), r.o. 89; HvJ EG 11 januari 2005, C-26/03, ECLI:EU:C:2005:5 (*Stadt Halle*), r.o. 44; HvJ EG 13 december 2007, C-337/06, ECLI:EU:C:2007:786 (*Bayerischer Rundfunk*), r.o. 39; HvJ EU 8 mei 2014, C-15/13, ECLI:EU:C:2014:303 (*Datenlotsen Informati-onssysteme*), r.o. 22.

464. HvJ EG 11 januari 2005, C-26/03, ECLI:EU:C:2005:5 (*Stadt Halle*), r.o. 44.

*Mededinging een aanbestedingsbeginsel?*

In de literatuur wordt mededinging ook wel als een beginsel van het aanbestedingsrecht aangemerkt. Mededinging als beginsel houdt volgens Sánchez-Graells in dat de aanbestedingsregels op een ‘*pro-competitive*’ wijze moeten worden geïnterpreteerd en toegepast, zodat de mededinging niet wordt belemmerd, beperkt of vervalst.<sup>465</sup>

Aanbestedende diensten moeten zich op grond van dat beginsel onthouden van handelwijzen en keuzes die de (optimale) mededinging kunnen beletten, beperken of vervalsen. Ook een zo groot mogelijke mededinging bij aanbestedingen moet op grond daarvan worden nagestreefd. Met bovengenoemd artikel 18 lid 1 is dit beginsel volgens Sánchez-Graells ook in de aanbestedingsrichtlijn gecodificeerd.

Volgens Kuypers vormen aanbesteden en mededinging een koningskoppel: ‘beide horen bij elkaar, aangezien mededinging tussen de inschrijvers of gegadigden een noodzakelijke voorwaarde vormt voor een goede uitkomst van de aanbestedingsprocedure’.<sup>466</sup> Kuypers trekt daarbij op basis van jurisprudentie van het HvJ EU, artikel 18 lid 1 Richtlijn 2014/24/EU en overwegingen in de considerans van de aanbestedingsrichtlijn, de ‘voorzichtige’ conclusie dat mededinging als zelfstandige doelstelling van het EU-aanbestedingsrecht is aanvaard. Zo wijst hij op jurisprudentie van het HvJ EU waarin het Hof heeft geoordeeld dat het doel van de aanbestedingsrichtlijnen bestaat in de openstelling voor een onvervalste en zo groot mogelijke mededinging in de lidstaten.<sup>467</sup> In dat kader mogen eisen in de aanbestedingsstukken bijvoorbeeld niet te specifiek zijn: dat beperkt het aantal potentiële deelnemers.<sup>468</sup> Daarnaast mag een inschrijver met een abnormaal lage inschrijving niet automatisch worden uitgesloten: ook hier om de daadwerkelijke mededinging te waarborgen.<sup>469</sup> In dat licht vraagt Kuypers zich vervolgens af of ‘het doel van mededinging’ door de regels en beginselen van het aanbestedingsrecht voldoende wordt bereikt; aan de hand van een aantal voorbeelden laat hij zien dat dit niet steeds het geval is.<sup>470</sup> Bijvoorbeeld: als overheden en publiekrechtelijk instellingen inschrijven op aanbesteding en de mededinging verstoren doordat zij scherpere prijzen kunnen hanteren of als bedrijven aan aanbestedingen kunnen deelnemen die staatssteun hebben gekregen. Ten slotte komt Kuypers tot de conclusie dat ‘effectieve mededinging’ een algemeen beginsel is van het aanbestedingsrecht.<sup>471</sup>

Interessant is daarbij in het licht van dit onderzoek dat zowel Sánchez-Graells als Kuypers met het oog op het mededingingsbeginsel, kritisch zijn ten aanzien van het openhousemodel respectievelijk het Zeeuws Model (dat doorgaans een openhousemodel vormt).<sup>472</sup> Een dergelijk open systeem leidt volgens hen namelijk niet tot effectieve of optimale mededinging en is dus niet in lijn met het ‘mededingings-

465. Sánchez-Graells 2015, p. 196 e.v.

466. Kuypers 2014; Kuypers, TAAN 2014/3.

467. Zie bijv.: *Stadt Halle*, r.o. 47; HvJ EG 13 december 2007, C-337/06, ECLI:EU:C:2007:786 (*Bayerischer Rundfunk*), r.o. 39; HvJ EG 19 mei 2009, C-538/07, ECLI:EU:C:2009:317 (*Assitur*), r.o. 25-26; HvJ EG 27 november 2001, gevoegde zaken C-285/99 en C-286/99, ECLI:EU:C:2001:640 (*Impresa Lombardini*), r.o. 76.

468. Kuypers wijst daarbij op de zaak *Michaniki*; HvJ EG 16 december 2008, C-213/07, ECLI:EU:C:2008:731 (*Michaniki*).

469. Zie Kuypers, TAAN 2014/3; HvJ EG 15 mei 2008, C-147/06 en C-148/06, ECLI:EU:C:2008:277 (*SECAP*).

470. Kuypers, TAAN 2014/3.

471. Kuypers, TAAN 2014/3.

472. Sánchez-Graells is kritisch over de overwegingen van het HvJ EU in het arrest *Falk Pharma*; Kuypers is kritisch op het Zeeuws model. Zie over het Zeeuws model en de vraag of dit een openhousemodel is, meer in hoofdstuk 7, par. 7.4.

beginsel'.<sup>473</sup> Op deze kritiek ga ik in paragraaf 5.2.5 dieper in, nadat ik aan de hand van de arresten *Falk Pharma* en *Tirkkonen* de kenmerken van het openhousemodel diepgaander heb besproken.<sup>474</sup> Voor een dergelijke interpretatie van de aanbestedingsrichtlijnen zie ik namelijk geen grondslag: de aanbestedingsrichtlijnen moeten namelijk als onderdeel van een breder EU-rechtssysteem worden beschouwd, dat aanbestedende diensten vrijlaat (binnen bepaalde kaders) te kiezen voor een instrument dat hen het meest passend voorkomt om hun taken te organiseren.

Van belang is in dit verband te vermelden dat ook Manunza, hoewel zij niet spreekt van een mededingingsbeginsel, het belang van de eis voor een effectieve mededinging onderstreept om in rechte de positie van gelaedeerde inschrijvers beter te beschermen wanneer de beginselen van non-discriminatie, gelijke behandeling en transparantie onvoldoende uitkomst bieden.<sup>475</sup> Zij wijst namelijk op het feit dat het in acht nemen van deze beginselen niet altijd leidt tot de economisch meest voordelige inschrijving zoals bedoeld in art. 67 Richtlijn 2014/24/EU. Aanbestedende diensten kunnen namelijk gunningsmethodieken hanteren – zonder in strijd te handelen met deze beginselen – die niet noodzakelijkerwijs leiden tot de beste inschrijving.<sup>476</sup> Zo is bijvoorbeeld het hanteren van een relatieve beoordelingsmethode – een methode waarbij de score van een inschrijver afhangt van de scores van andere inschrijvers – niet per definitie verboden op grond van deze aanbestedingsbeginselen, terwijl deze methode het risico in zich heeft dat de inschrijver die als winnaar uit de bus komt niet de partij is die de beste prijs-kwaliteitverhouding aanbiedt.<sup>477</sup>

Manunza ziet in dat verband echter, om effectieve mededinging tot stand te brengen, een mogelijke oplossing in het opnemen van meer expliciete regels over objectiviteit van gunningsmethodieken in de regelgeving.<sup>478</sup> Met het oog op de effectieve mededinging zou namelijk bij gunningsmethodieken een verplichting moeten gelden dat een vergelijking en rangschikking alleen op basis van *objectieve gunningsmethodieken* kan plaatsvinden. Over de rol van objectiviteit in het aanbestedingsrecht meer in de volgende paragraaf.

Op grond van de aanbestedingsrichtlijnen moeten overheidsopdrachten dus voor mededinging worden opengesteld en dient deze mededinging effectief en daadwerkelijk te zijn. De beginselen van gelijke behandeling, transparantie en proportionaliteit spelen daarbij een belangrijke rol, maar kunnen niet in alle situaties de effectieve mededinging waarborgen. Ik betwijfel echter of op grond daarvan mededinging ook als een beginsel van het aanbestedingsrecht moet worden aangemerkt. Ook in de aanbestedingsrichtlijnen zie ik daarvoor – ondanks art. 18 lid 1 – op

473. Overigens zij opgemerkt dat Kuypers dit schrijft voordat het HvJ EU in de arresten *Falk Pharma* (2016) en *Tirkkonen* (2018) duidelijkheid heeft gegeven over dergelijke open systemen.

474. HvJ EU 2 juni 2016, C-410/14, ECLI:EU:C:2016:399 (*Falk Pharma*); HvJ EU 1 maart 2018, C-9/17, ECLI:EU:C:2018:142 (*Tirkkonen*).

475. Manunza 2018, p. 143, 148 e.v.; Manunza (2022 *forthcoming*).

476. Manunza 2018, p. 152-153.

477. Zie bijv. HvJ EU 13 december 2012, C-252/10 P, ECLI:EU:C:2011:512 (*Evropaïki Dynamiki*); HvJ EU 14 juli 2016, C-6/15, ECLI:EU:C:2016:555 (*TNS Dimarso v Vlaams Gewest*); zie echter ook in CvAE, Advies 554. Over de inkoop-technische bezwaren tegen een dergelijk instrument, zie o.a.: Lohmann, Manunza & Telgen 2013; Schotanus e.a., *Journal of Purchasing and Supply Management* 2021.

478. Manunza 2018, p. 158; Manunza (*forthcoming*).

dit moment onvoldoende aanknopingspunten; in artikel 18 wordt immers maar één aspect van mededinging benoemd.<sup>479</sup> Een mededingingsbeginsel zou een veel verstrekkender betekenis hebben dan de verplichting die in dat artikel is opgenomen en zou aanbestedende diensten op grond daarvan verplichten al hun aanbestedingen te toetsen op effectieve én zo groot mogelijke mededinging bij aanbestedingen. Dit zou bijvoorbeeld betekenen dat aanbestedende diensten bij het opstellen van alle eisen en criteria moeten toetsen of deze een zo groot mogelijke mededinging mogelijk maken of, bij de keuze van een procedure, welke procedure de mededinging het meest bevordert. Voor een dergelijke verplichting zie ik onvoldoende aanknopingspunten in de huidige aanbestedingsrichtlijnen.

### 3.2.4.2 *Objectiviteit: tegengaan van subjectiviteit en willekeur*

Van belang is voorts dat het aanbestedingsrecht uitgaat van objectiviteit. De aanbestedingsprocedure is erop gericht dat beoordeling van de inschrijvers zoveel mogelijk aan de hand van objectieve maatstaven plaatsvindt en dat subjectieve voorkeuren van aanbestedende diensten daarentegen zoveel mogelijk worden buitengesloten. Zo moeten bijvoorbeeld op grond van de aanbestedingsrichtlijn belangenconflicten bij aanbestedende diensten doeltreffend worden voorkomen, moeten keurmerkeisen zijn gebaseerd op objectief controleerbare en niet-discriminerende criteria, moet de gunning van de opdracht geschieden op basis van objectieve criteria en op basis van een objectieve vergelijking van de verschillende inschrijvingen en moeten de contractvoorwaarden objectieve vaststaande vereisten betreffen.<sup>480</sup>

Het uitgangspunt van objectiviteit is daarbij ook nauw verbonden met de aanbestedingsbeginselen: objectiviteit zorgt ervoor dat de beginselen van non-discriminatie, gelijke behandeling en transparantie in acht worden genomen. Tegelijk geldt andersom dat deze beginselen zoveel mogelijke objectieve beslissingen vereisen teneinde de gelijke kansen voor ondernemers te verzekeren. Zo blijkt namelijk duidelijk uit het *Succhi di Frutta*-arrest, dat hiervoor reeds is aangehaald, dat het transparantiebeginsel als uitvloeisel van het gelijkheidsbeginsel ten doel heeft te waarborgen dat 'elk risico van favoritisme en willekeur door de aanbestedende dienst wordt uitgebannen'.<sup>481</sup> Op grond daarvan moeten alle voorwaarden en modaliteiten van de gunningsprocedure in het aanbestedingsbericht of in het bestek worden geformuleerd op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze, zodat:

- 1) alle behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijvers de juiste draagwijdte kunnen begrijpen en zij deze op dezelfde manier interpreteren, en,
- 2) de aanbestedende dienst in staat is om metterdaad na te gaan of de offertes van de inschrijvers beantwoorden aan de criteria die op de betrokken opdracht van toepassing zijn.

479. Zie ook kritisch over een mededingingsbeginsel eerder in o.a.: Arrowsmith, *Cambridge Yearbook of European Legal Studies* 2012, p. 26-34; Pijnacker Hordijk, Van der Bend & Van Nouhuys 2009, p. 31-32.

480. Zie respectievelijk art. 24, 43 lid 1 (b), 67-68 Richtlijn 2014/24/EU; zie daarnaast considerans punt 75, 90 en 104. Zie over belangenconflicten bijvoorbeeld ook: HvJ EU 12 maart 2015, C-538/13, ECLI:EU:C:2015:166 (*eVigilo*).

481. HvJ EU 29 april 2004, C-496/99P, ECLI:EU:C:2004:236 (*Succhi di Frutta*), r.o. 111.

In de Aanbestedingswet 2012 is objectiviteit duidelijk verankerd in art. 1.4 lid 1, op grond waarvan aanbestedende diensten de keuze voor de wijze waarop de overeenkomst tot stand komt (welke procedure wordt gevolgd) en de keuze voor de ondernemers die worden toegelaten tot de aanbestedingsprocedure, moeten bepalen aan de hand van objectieve criteria.

Bij het aanbesteden van sociale diensten door gemeenten klagen zorgaanbieders regelmatig bij de rechter over gunningscriteria die leiden tot subjectiviteit en willekeur of over een subjectieve beoordeling van de gunningscriteria.<sup>482</sup> Vaak wijst de rechter deze vorderingen echter af.

In de gunningsfase aanvaardt de Nederlandse rechter enige mate van subjectiviteit bij de beoordeling van de kwalitatieve gunningscriteria. Zo heeft de Nederlandse rechter meermaals overwogen dat 'enige mate van subjectiviteit inherent is aan de beoordeling van een kwalitatief criterium'.<sup>483</sup> De rechter hanteert, gezien de beoordelingsvrijheid van de beoordelingscommissie van de aanbestedende dienst, dan ook in zoverre een terughoudende toetsing.<sup>484</sup> De Nederlandse rechter stelt op grond van de hiervoor genoemde overweging uit het *Succhi di Frutta*-arrest evenwel de volgende vereisten vast: (i) het moet voor een potentiële inschrijver volstrekt duidelijk zijn wat er van hem wordt verwacht, (ii) de inschrijvingen moeten aan de hand van een zo objectief mogelijk systeem worden beoordeeld en (iii) de gunningsbeslissing moet zodanig inzichtelijk worden gemotiveerd dat het voor een afgewezen inschrijver mogelijk is om de wijze waarop de beoordeling heeft plaatsgevonden te toetsen.<sup>485</sup> De gunningscriteria moeten dus volgens de rechter wel objectief (toetsbaar) zijn en ook moet er een zo objectief mogelijk systeem zijn aan de hand waarvan de inschrijvingen worden beoordeeld.

Uit de arresten *Falk Pharma* en *Tirkkonen* weten we inmiddels dat juist de vergelijking van de inschrijvingen die tijdens de gunning plaatsvindt de essentie vormt van de aanbestedingsprocedure.<sup>486</sup> Om die vergelijking te kunnen effectueren, dienen de criteria objectief geformuleerd te zijn. De vraag kan daarbij worden gesteld of het aanvaarden van een mate van subjectiviteit tijdens dit beoordelingsproces, zoals wordt aangenomen door de Nederlandse rechter, kan worden aanvaard op basis van de Europese jurisprudentie.

482. Zie o.a.: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 20 maart 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:2652; Rb. Overijssel (vzr.) 22 maart 2018, ECLI:NL:RBOVE:2018:1244; Rb. Gelderland (vzr.) 15 december 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:6695; Rb. Rotterdam (vzr.) 26 mei 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:3974.

483. Zie o.a.: Gerechtshof Den Haag 17 maart 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:413, r.o. 14; Rb. Overijssel (vzr.) 26 maart 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:1689, r.o. 4.8; Rb. Rotterdam (vzr.) 26 mei 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:3974, r.o. 4.4; Rb. Gelderland (vzr.) 27 maart 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:2042, r.o. 4.12; Rb. Overijssel (vzr.) 22 maart 2018, ECLI:NL:RBOVE:2018:1244, r.o. 4.4-4.6; Rb. Den Haag (vzr.) 11 december 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:14593; Rb. Limburg (vzr.) 22 augustus 2019, ECLI:NL:RBLIM:2019:7719, r.o. 4.14-4.15; Rb. Den Haag (vzr.) 18 november 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:11940, r.o. 5.2.

484. Zie o.a.: Gerechtshof Den Haag 21 april 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:823, r.o. 2.4; Rb. Amsterdam 9 februari 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:755.

485. Zie o.a.: Rb. Den Haag (vzr.) 11 december 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:14593; Rb. Den Haag (vzr.) 18 november 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:11940, r.o. 5.2.

486. Zie meer uitgebreid over deze zaken par. 3.5.5 en par. 5.2.

### 3.2.5 Reikwijdte van het instrument van de overheidsopdracht

Van belang is vervolgens op deze plaats alvast kort in te gaan op de reikwijdte van het EU-aanbestedingsrecht en dus van de overheidsopdracht als bedoeld in de aanbestedingsrichtlijnen. Allereerst is in dat opzicht van belang dat het EU-aanbestedingsrecht van toepassing is vanaf bepaalde drempelbedragen. In dat kader worden tweejaarlijks door een EU-verordening de nieuwe drempelbedragen voor toepasselijkheid van de aanbestedingsrichtlijnen vastgesteld.<sup>487</sup> Deze drempelbedragen impliceren dat in ieder geval die opdrachten die met hun waarde boven de vastgestelde drempels uitkomen, grensoverschrijdend belang hebben. Per januari 2022 gelden de volgende drempelbedragen:

- voor de aanbesteding van werken: € 5.382.000;
- voor leveringen en diensten voor de centrale overheid dan wel de decentrale overheid: respectievelijk € 140.000 en € 215.000;
- voor sociale en andere specifieke diensten € 750.000.

Er geldt dus een aanzienlijk hoger drempelbedrag voor overheidsopdrachten voor sociale en andere specifieke diensten. Opdrachten die een waarde hebben die dit drempelbedrag bereiken dan wel overstijgen, moeten aan een Europese aanbestedingsverplichting worden onderworpen. Verder geldt, zoals reeds besproken in paragraaf 2.6.1, dat een opdracht onder de aanbestedingsdrempels alsnog van grensoverschrijdend belang kan zijn; dit moet per geval worden getoetst.<sup>488</sup> In dat geval zijn echter niet de aanbestedingsrichtlijnen van toepassing, maar moet voldaan worden aan de fundamentele verkeersvrijheden van het EU-Werkingsverdrag.<sup>489</sup> In de Aanbestedingswet 2012, de wet waarin de EU-aanbestedingsrichtlijnen in Nederland zijn geïmplementeerd, zijn daarnaast ook verplichtingen neergelegd voor nationale aanbestedingen. In afdeling 1.2.3 Aw 2012 zijn de beginselen van non-discriminatie, gelijke behandeling, transparantie en proportionaliteit uitgewerkt voor nationale aanbestedingen.

Daarnaast wordt de werkingssfeer van de aanbestedingsrichtlijnen, en dus de reikwijdte van de overheidsopdracht als instrument bepaald door de EU-definitie van het begrip overheidsopdracht. Als namelijk aan alle vereisten van deze definitie neergelegd in art. 2 lid 1 sub 5 Richtlijn 2014/24 is voldaan, dan is sprake van een overheidsopdracht en moeten de aanbestedingsrichtlijnen worden toegepast. Daarbij zijn ook de in- en aanvullingen die het HvJ EU in diverse arresten aan deze definitie heeft gegeven van groot belang. Deze definitie wordt in paragraaf 3.5 dan ook gehanteerd om de scheidslijnen van de overheidsopdracht met andere rechts-

487. De drempelbedragen worden tweejaarlijks door de Europese Commissie vastgesteld per Verordening; de regeling voor overheidsopdrachten en concessies voor 2022-2024 zijn te vinden in: Gedelegeerde Verordening (EU) 2021/1952 van de Commissie van 10 november 2021 tot wijziging van Richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad wat de drempels betreft voor overheidsopdrachten voor leveringen, diensten en werken, en prijsvragen, *PbEU L 398/23*; Gedelegeerde Verordening (EU) 2021/1951 van de Commissie van 10 november 2021 tot wijziging van Richtlijn 2014/23/EU van het Europees Parlement en de Raad wat de drempels voor concessies betreft, *PbEU L 398/21*.

488. Par. 2.6. In Nederland zijn in art. 1.7 sub b Aw 2012 dan ook de aanbestedingsbeginselen op deze situaties van toepassing verklaard.

489. Reeds besproken in hoofdstuk 2; Van belang in dat verband zijn o.a.: HvJ EG 13 november 2007, C-507/03, ECLI:EU:C:2007:676 (*An Post*); HvJ EU 15 mei 2008, gevoegde zaken C-147/06 en C-148/06, ECLI:EU:C:2008:277 (*SECAP*).

instrumenten, de subsidie, vergunning en het openhousemodel, te verduidelijken. Daarbij zullen alle vereisten om te spreken van een overheidsopdracht de revue passeren.

### 3.3 EEN SPECIFIEKE PROCEDURE VOOR SOCIALE DIENSTEN: LACUNE IN DE NEDERLANDSE WETGEVING

#### 3.3.1 Historische ontwikkeling om sociale diensten onder de volledige werking van de aanbestedingsrichtlijn te brengen

Sociale diensten hebben van oudsher een bijzondere positie in het aanbestedingsrecht, omdat zij vanwege hun aard een beperkte grensoverschrijdende dimensie hebben.<sup>490</sup> Zo gold lange tijd – vanaf de eerste aanbestedingsrichtlijn voor diensten in 1992 – dat zij enkel waren onderworpen aan een IIB, en daarvoor een IB-regeling, genoemd naar de bijlage waarin deze diensten stonden vermeld.<sup>491</sup> Voor diensten die vielen onder dit IB- en IIB-regime hoefden aanbestedende diensten in beginsel alleen de regels voor de technische eisen in de richtlijn na te leven en moesten zij de uitslag van de gunningsbeslissing bekendmaken.<sup>492</sup> Voor 1992 waren diensten in het geheel niet aan de EU-aanbestedingsregels onderworpen – laat staan sociale diensten.<sup>493</sup> Opvallend is dat met betrekking tot deze IB-diensten in de eerste aanbestedingsrichtlijn voor diensten wel was neergelegd dat zij ‘gedurende een bepaalde tijd moeten worden gevolgd, alvorens wordt besloten de richtlijn daarop volledig toe te passen, dat de wijze van controle dient te worden geregeld [en] dat deze terzelfder tijd de betrokkenen toegang tot de relevante informatie dient te verzekeren’. Reeds in dat stadium werd dus wel gesproken over een overgangperiode voor de IB-diensten.<sup>494</sup> Toch is aan die overgangperiode pas met Richtlijn 2014/24/EU een einde gekomen. Ook in Richtlijn 2004/18/EG werd namelijk eenzelfde categorie diensten uitgezonderd en ondergebracht, nu in bijlage IIB. Ook hier werd in de preambule een vergelijkbare opmerking geplaatst als in Richtlijn 92/50/EEG, namelijk dat deze diensten voor een overgangperiode moeten worden gevolgd, alvorens deze diensten aan de volledige werking van de richtlijn te brengen.<sup>495</sup>

Ter uitleg van deze speciale positie van deze IB- en IIB-diensten, overweegt het HvJ EU in het *An Post-arrest* dat de ‘Uniewetgever van het vermoeden uitgegaan is dat opdrachten voor het verlenen van dergelijke diensten, gelet op de specifieke aard ervan, a priori geen grensoverschrijdend belang hebben dat kan rechtvaardigen dat de gunning ervan plaatsvindt na een aanbestedingsprocedure die ondernemingen uit andere lidstaten de mogelijkheid dient te bieden, kennis te nemen van de

490. Zie o.a. considerans punt 114 Richtlijn 2014/24/EU.

491. Het betreft: Richtlijn 92/50/EEG van de Raad van 18 juni 1992 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening, *PbEG* L209/1 en Richtlijn 93/38/EEG van 14 juni 1993 houdende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie, *PbEG* 1993, L199/83.

492. Zie art. 14 en 16 Richtlijn 92/50/EEG; zie art. 21 jo. art. 23 en art. 35 lid 4 Richtlijn 2004/18/EG.

493. Zie voor een uitgebreidere beschrijving van deze geschiedenis, o.a.: Arrowsmith 2014, p. 180-210; Bleeker & Manunza 2014, p. 769-774.

494. Preambule bij Richtlijn 92/50/EEG.

495. Preambule punt 19 bij Richtlijn 2004/18/EG.



aankondiging van de opdracht en een offerte in te dienen'.<sup>496</sup> Als reeds uiteengezet in paragraaf 2.6.1 heeft het HvJ EU daaraan echter toegevoegd dat wanneer deze opdrachten voor IIB-diensten wel een duidelijk grensoverschrijdend belang hebben, zij in overeenstemming met de fundamentele beginselen van het Verdrag, en met name in het kader van het vrij verkeer van goederen en diensten, moeten worden gegund. Uit deze jurisprudentie kan worden afgeleid dat indien een duidelijk grensoverschrijdend belang bestaat, ook voor deze diensten een voorafgaande bekendmaking noodzakelijk is; evenwel hoeft geen aanbestedingsprocedure te worden gevolgd.<sup>497</sup> Wanneer deze opdrachten namelijk niet worden bekendgemaakt, kunnen andere geïnteresseerde inschrijvers hun interesse voor deze opdracht ook niet uiten.

Met Richtlijn 2014/24 is ten aanzien van overheidsopdrachten voor sociale diensten echter een belangrijke wijziging in de aanbestedingsrichtlijnen aangebracht. Zo is het onderscheid tussen IIA- en IIB-diensten komen te vervallen en zijn op grond van art. 74 e.v. Richtlijn 2014/24 sociale diensten onder de werking van de aanbestedingsrichtlijnen gebracht. Wel is daarbij voor deze diensten voorzien in een specifieke regeling op grond waarvan de lidstaten ruimte hebben om de procedure zo in te richten dat rekening kan worden gehouden met de specifieke behoeften die spelen bij deze diensten. Achtergrond van deze ontwikkeling is een onderzoek in opdracht van de Europese Commissie, waaruit bleek dat het onderscheid tussen IIA- en IIB-diensten zoals die bestond, niet meer te verantwoorden viel in het licht van de economische en juridische ontwikkeling van de interne markt; zie meer hierover in paragraaf 2.6.1.<sup>498</sup> Voor sociale en andere specifieke diensten werd echter alsnog een specifiek regime voorgesteld omdat is gebleken dat het grensoverschrijdend belang voor dergelijke diensten, nog steeds beperkt was.<sup>499</sup> Voor deze diensten paste het volgens de Commissie om in de aanbestedingsrichtlijnen dan ook een drempel van € 500.000 op te nemen: uit een kwantitatief onderzoek naar de waarde van de contracten bleek dat deze diensten onder deze drempel geen grensoverschrijdend belang hebben.<sup>500</sup> In de definitieve versie van de richtlijn is die drempel uiteindelijk verhoogd naar € 750.000.

### 3.3.2 Summiere SAS-procedure leidt tot onduidelijkheid

Op basis van het bijzondere regime van art. 74-76 Richtlijn 2014/24 moet aan opdrachten voor sociale diensten vanaf een drempelbedrag van € 750.000 op EU-niveau bekendheid worden gegeven. Ook moet de gunningsbeslissing worden bekendgemaakt. Voor het overige is van belang dat de EU-wetgever in de specifieke regeling voor deze diensten slechts summier heeft willen voorschrijven waaraan een procedure voor het inkopen voor deze diensten moet voldoen. Het gaat er daarbij vooral om dat de lidstaten – op grond van art. 76 Richtlijn 2014/24/EU –

496. Zie: HvJ EG 13 november 2007, C-507/03, ECLI:EU:C:2007:676 (*An Post*), r.o. 25.

497. Zie *An Post*, r.o. 32. Zie in het kader van concessies, HvJ EG 21 juli 2005, C-231/03, ECLI:EU:C:2005:487 (*Coname*), r.o. 18-21.

498. Zie: SEC(2011) 853 final; COM(2011) 896 final, p. 8. Zie eerder ook in: COM(2011) 15 def., p. 9; zie hierover ook: Uenk 2019, p. 62.

499. COM(2011) 896 final. Zie ook: Uenk 2019, p. 63.

500. COM(2011) 896 final, p. 10.

ationale regels opstellen, die ervoor zorgen dat de aanbestedende diensten die deze diensten aanbesteden, de beginselen van transparantie en gelijke behandeling van alle (potentieel) geïnteresseerde ondernemers naleven.

Lidstaten zijn daarbij volgens dit artikel vrij te bepalen welke procedurele regels van toepassing zijn, mits deze regels de aanbestedende diensten de mogelijkheid geven rekening te houden met de specifieke kenmerken van de betrokken diensten. Onder meer moeten aanbestedende diensten de mogelijkheid hebben rekening te houden met de noodzaak de kwaliteit, continuïteit, toegankelijkheid, betaalbaarheid, beschikbaarheid en volledigheid van de diensten, de specifieke behoeften van verschillende categorieën gebruikers, met inbegrip van achtergestelde en kwetsbare groepen, de betrokkenheid en inspraak van gebruikers en de innovatie te verzekeren. De lidstaten kunnen daarbij op grond van dit artikel ook bepalen dat de keuze van de dienstenaanbieder geschiedt op basis van de inschrijving met de beste prijs-kwaliteitsverhouding, rekening houdend met de kwaliteits- en duurzaamheidscriteria voor sociale diensten.<sup>501</sup>

Op grond van EU-recht gelden dus voor het aanbesteden van sociale diensten slechts basiseisen die ervoor moeten zorgen dat enerzijds de beginselen van gelijke behandeling en transparantie blijven gewaarborgd en anderzijds dat voldoende rekening kan worden gehouden met de aard van dit type diensten. Onder meer is van belang dat niet is voorgeschreven dat de uitsluitingsgronden, geschiktheidseisen en de gunningscriteria zoals die in de aanbestedingsrichtlijn voor het reguliere regime zijn neergelegd (art. 58 en 67 Richtlijn 2014/24/EU), moeten worden toegepast. Hier bestaat dan ook een ruime vrijheid voor lidstaten om eigen regels op te stellen, zolang daarmee de beginselen van gelijke behandeling en transparantie blijven gewaarborgd.<sup>502</sup> Met het onderwerpen van sociale diensten aan de volledige werking van de richtlijn, zij het dat er een speciaal regime van toepassing is, geldt echter wel dát er gunningscriteria moeten worden vastgesteld en een competitie op inhoud (een vergelijking van de inschrijvingen) plaatsvindt.<sup>503</sup> Zoals hiervoor besproken is het aanbestedingsrecht er immers op gericht door middel van een dergelijke competitie de beste inschrijving(en), dat wil zeggen aanbieders die geschikt zijn en die de beste aanbieding doen, te contracteren. Dit geldt ook voor sociale diensten.

#### *SAS-procedure: welke regels van toepassing?*

In Nederland is aan deze verplichting van de EU-wetgever om een procedure op te stellen op dit moment echter slechts beperkt uitvoering gegeven met art. 2.38 en art. 2.39 Aw 2012. Daarbij is niet duidelijk gemaakt welke ruimte gemeenten hebben en binnen welke grenzen zij moeten opereren. In art. 2.38 Aw 2012 is in lid 1 neergelegd dat overheden voor sociale en andere specifieke diensten de procedure voor sociale en andere specifieke diensten (in de praktijk afgekort tot SAS-

501. Zie art. 76 lid 2 Richtlijn 2014/24/EU.

502. *Gids Sociaal kopen* 2021, p. 64-65.

503. Zie o.a. *Gids Sociaal kopen* 2021, p. 65 waarin ondubbelzinnig wordt gesproken van 'gunningsprocedures'. Ook is vermeld (p. 66) dat in de nationale voorschriften ook moet zijn opgenomen dat 'de gunningscriteria' voor dergelijke opdrachten betrekking moeten hebben op de kwaliteit en duurzaamheid van de diensten. Zie ook in Richtlijn 2014/24/EU zelf, bijlage V deel H punt 6 op grond waarvan de belangrijkste elementen van de toe te passen 'gunningsprocedure' moeten zijn opgenomen.

procedure<sup>504</sup>) kunnen toepassen. In lid 2 is specifiek bepaald dat voor overheidsopdrachten voor gezondheidszorg en maatschappelijke dienstverlening de SAS-procedure wordt toegepast, tenzij de aanbestedende dienst anders beslist. Een gemeente kan op grond daarvan dus ook beslissen om voor een van de reguliere aanbestedingsprocedures uit afd. 2.2.1 en 2.2.3 van de Aw 2012 te kiezen.<sup>505</sup>

In art. 2.39 Aw 2012 is vervolgens voorzien in een summiere procedure voor sociale en andere specifieke diensten (de SAS-procedure). Op grond van deze bepaling doorloopt een aanbestedende dienst de volgende stappen:

- a. het bekendmaken van een (voor)aanmelding van een overheidsopdracht;
- b. toetsen of de inschrijvingen voldoen aan de door de aanbestedende dienst gestelde technische specificaties, eisen en normen;
- c. maken van een proces-verbaal van de opdrachtverlening;
- d. sluiten van de overeenkomst;
- e. bekendmaken van de aankondiging van de gegunde opdracht.

Het is dan ook de vraag of deze procedure voldoet aan de verplichting die lidstaten wordt opgelegd op grond van art. 76 Richtlijn 2014/24/EU. Wat bij deze SAS-procedure namelijk opvalt, is dat er niets is vermeld over de wijze waarop opdrachten aan geïnteresseerden kunnen worden gegund. De gunningsfase is echter juist de essentiële fase van een aanbestedingsprocedure: op basis van de gunningscriteria worden immers de inschrijvingen met elkaar vergeleken en wordt bepaald wie de 'beste' inschrijving heeft gedaan. Aldus ontbreekt bij deze SAS-procedure duidelijkheid over een essentieel onderdeel van een aanbestedingsprocedure. Voor gemeenten is dan ook niet duidelijk welke mogelijkheden en ruimte zij hierin hebben en binnen welke grenzen. Waarschijnlijk is deze leemte een van de redenen waarom er in de Nederlandse praktijk nog steeds verschillende niet-gereguleerde procedures – zoals dialooggericht contracteren of de onderhandelingsprocedure sociaal domein – worden gehanteerd, namelijk om deze summiere procedure verder in te vullen. Over deze procedures en de vraag of die in overeenstemming (kunnen) zijn met het aanbestedingsrecht meer in hoofdstuk 7.<sup>506</sup> De vraag op grond van bovenstaande is echter of het aan gemeenten mag worden overgelaten om een eigen procedure te hanteren of dat het aan de wetgever is om in een dergelijke procedure te voorzien. Op grond van de aanbestedingsrichtlijn moet worden geconcludeerd tot dat laatste: het is aan de lidstaten en dus aan de wetgever om daarin te voorzien. Daarbij is het ook aan de wetgever om de ruimte die er bij de gunning van SAS-diensten bestaat in een procedure te omvatten, zodat deze diensten passend bij de behoefte kunnen worden georganiseerd.

Verder zijn op grond van de Aw 2012 op de aanbesteding van sociale (en andere specifieke diensten) ook van toepassing deel 1 en een groot deel van deel 2 van de Aw 2012. Dit betreft allereerst de aanbestedingsbeginselen. Zo moeten gemeenten die sociale diensten aanbesteden transparant handelen (art. 1.9), dienen zij ondernemers die interesse in een opdracht tonen op gelijke en niet-discriminerende

504. Zie o.a. *Factsheet PIAN00* 2020, p. 7.

505. Zie *Kamerstukken II* 2015/16, 34329 nr. 3 (memorie van toelichting bij art. 2.38 Aw 2012).

506. Par. 7.3.

wijze te behandelen (art. 1.8) en moeten zij het proportionaliteitsbeginsel waarborgen (art. 1.10). Daarnaast moeten gemeenten de keuze voor een procedure en de toe te laten ondernemers objectief motiveren (art. 1.4), moeten zij zich houden aan het clusterverbod (art. 1.5) en de administratieve lasten zoveel mogelijk beperken (art. 1.6). Onder de aanbestedingsdrempel gelden enige verplichtingen op grond van hoofdstuk 1.3 (Administratieve voorschriften bij aanbestedingen).

Verder is ook deel 2 van de Aw 2012 voor een groot deel van toepassing, behalve een aantal belangrijke bepalingen uit hoofdstuk 2.3 (o.a. de bepalingen over gunningscriteria).<sup>507</sup> Op grond van art. 2.39 lid 2 geldt namelijk dat van hoofdstuk 2.3 slechts van toepassing zijn: de bepalingen over communicatie en inlichtingen, (voor)aanbestedingen, technische specificaties en verslaglegging en bekendmaking. De bepalingen over gunningscriteria zijn dus uitdrukkelijk niet van toepassing. Ook hoeven er geen geschiktheidseisen, selectiecriteria of uitsluitingsgronden te worden gesteld. In art. 2.39 lid 3 is bepaald dat aanbestedende diensten wanneer zij wel geschiktheidseisen en uitsluitingsgronden stellen, de eigen verklaring (afdeling 2.3.4 Aw 2012) moeten toepassen. Dit betekent dan ook dat zij gebruik moeten maken van het voorgeschreven Uniform Europees Aanbestedingsdocument, waarbij aangesloten wordt bij de uitsluitingsgronden en geschiktheidseisen zoals die zijn geformuleerd voor reguliere overheidsopdrachten. Wel kunnen aanbestedende diensten kiezen welke uitsluitingsgronden en geschiktheidseisen zij op de opdracht van toepassing verklaren.

Deze summier ingevulde procedure van art. 2.39 Aw 2012, zonder nadere concretisering van de wijze waarop sociale diensten kunnen worden gegund, zorgt op dit moment dan ook voor een lacune in de Nederlandse Aanbestedingswet.<sup>508</sup> Op basis van de richtlijn worden lidstaten namelijk opgeroepen een specifieke procedure in te richten, waarbij de beginselen van gelijke behandeling en transparantie worden nageleefd. Daarbij moeten aanbestedende diensten de ruimte worden gelaten rekening te houden met de specifieke kenmerken van de diensten. Een specifieke en toegesneden procedure op sociale diensten en mogelijk een meer uniforme procedure zou daarbij in het belang zijn van zowel aanbestedende diensten als zorgaanbieders; dat zorgt immers voor meer rechtszekerheid, meer standaardisering en kan zodoende ook leiden tot minder administratieve lasten (iets wat nog steeds als een groot probleem wordt gezien bij aanbestedingen in het sociaal domein).

#### *Nadere invulling SAS-procedure*

Wat betreft de inhoud van zo'n meer toegespitste (uniforme) procedure voor sociale diensten zou vooral moeten worden voorzien in duidelijke aanwijzingen voor de te gebruiken gunningscriteria; dit zou de rechtszekerheid reeds in hoge mate bevorderen. Daarbij zou mogelijk ook kunnen worden aangesloten bij de regeling die op dit moment voor de gunning van concessieopdrachten geldt.<sup>509</sup> De criteria dienen daarbij duidelijk ruimte te laten (en de mogelijkheden te tonen) om rekening te houden met de specifieke behoeften die spelen bij deze diensten. Overigens

507. Art. 2.6a Aw 2012. Dit betekent bijvoorbeeld dat wanneer wordt gekozen voor een raamovereenkomst de bepalingen uit deel 2 op dezelfde wijze als bij reguliere opdrachten van toepassing zijn.

508. Zie ook Manunza, *The Europe Institute Working Papers* 2012; Uenk 2019, p. 64; Essers & Lombert 2017, p. 373.

509. Zie art. 2a.50 Aw 2012. Zie hoofdstuk 6, par. 6.3.

verdient daarbij nogmaals opmerking dat het opvallend is dat in de huidige regels juist de regels over gunningscriteria ontbreken, aangezien deze gunningsfase de essentie vormt van het aanbestedingsproces. Het is deze gunningsfase waarin de overheidsopdracht zich op fundamentele wijze onderscheidt van andere rechtsinstrumenten zoals het openhousemodel en ook (in beginsel) van de subsidie, omdat de verplichting om te gunnen op basis van de beste prijs/kwaliteitverhouding en het uitdagen tot de beste oplossingen bij deze instrumenten ontbreekt.

Over de inrichting van een dergelijke procedure geeft de Europese Commissie in de Gids Sociaal kopen van 2021 enige belangrijke aanwijzingen.<sup>510</sup> Zo is het volgens de Commissie mogelijk om gunningsprocedures toe te passen die flexibeler zijn dan de reguliere aanbestedingsprocedures. Zo kunnen onder het lichte regime gebruikers en potentiële dienstverleners nauwer worden betrokken bij de opzet van de dienst en kan er, volgens de Commissie, ook over verschillende aspecten onderhandeld worden bijvoorbeeld over kwaliteit, bereik en personeelsregelingen. Tevens is het volgens deze Gids ook mogelijk om een reguliere aanbestedingsprocedure toe te passen, waarbij deze procedure zodanig wordt aangepast dat die beter is afgestemd op de inkoop van sociale diensten. De Commissie noemt hier het voorbeeld om dialoogsessies met inschrijvers te houden voorafgaand aan de uitnodiging tot inschrijving dan wel voorafgaand aan het uitbrengen van het beschrijvend document. Ook wordt als voorbeeld genoemd om de termijnen af te stemmen op het aantal inschrijvers dat wordt uitgenodigd. Verder wordt in het kader van 'goede praktijken' ook een voorbeeld aangehaald waarin de mededingingsprocedure met onderhandeling (neergelegd in art. 2.30 en 2.31 Aw 2012) wordt toegepast om sociale diensten te organiseren; het lijkt erop dat deze procedure dus ook zou kunnen worden gebruikt.<sup>511</sup>

Bij het inrichten van een aanbestedingsprocedure voor sociale diensten kan deze ruimte dan ook door de wetgever worden benut, bijvoorbeeld om binnen bepaalde grenzen dialoogsessies toe te laten. De mededingingsprocedure met onderhandeling kan daarbij als voorbeeld worden genomen. Evenwel dient daarbij te worden bedacht dat juist het voeren van onderhandelingen en gesprekken het aanbestedingsproces ingewikkelder kunnen maken; het is immers een tijdrovende bezigheid en vereist continue waarborgen om de gelijke behandeling en transparantie te verzekeren. Dit zal dus niet altijd de nodige vereenvoudiging van het aanbestedingsrecht bevorderen. Daarbij kan informatie over de behoeften die een rol spelen bij de betreffende sociale diensten ook eenvoudig door middel van een marktconsultatie (of 'dialoogsessie') voorafgaand aan de aanbesteding van de zorgaanbieders (en cliënten) worden verkregen.

Met het invoeren van een uniforme, meer gedetailleerde procedure voor SAS-diensten, zal dan ook worden voldaan aan de verplichting uit de EU-aanbestedingsrichtlijnen. Bovendien zal de wetgever daarbij duidelijkheid kunnen verschaffen over de ruime mogelijkheden die er bij het aanbesteden van sociale diensten zijn en welke grenzen gemeenten daarbij in acht moeten nemen. Zodoende zal de praktijk meer duidelijkheid en rechtszekerheid worden geboden over de te volgen

510. Zie *Gids Sociaal kopen 2021*, p. 64-67.

511. *Gids Sociaal kopen 2021*, p. 67.

procedure. Dit kan daarnaast de standaardisering van processen en het tegengaan van administratieve lasten verder bevorderen.

### 3.3.3 Wetswijziging gunnen op basis van selectiecriteria: een gemiste kans

Ten slotte is van belang dat in het voorjaar van 2022 een wetswijziging is aangenomen om de verplichting uit de Jeugdwet (artikel 2.11) en Wmo 2015 (artikel 2.6.4), om opdrachten voor sociale diensten te gunnen op basis van de economisch meest voordelige inschrijving, te schrappen.<sup>512</sup> Met deze wijziging zijn gemeenten niet langer verplicht op basis van een vergelijking van offertes van de verschillende zorgaanbieders, de offerte met de beste prijs/kwaliteitverhouding of de inschrijving die het beste scoort op kwaliteit (op grond van art. 67 lid 2 Richtlijn 2014/24/EU kan ook gegund op basis van alleen kwaliteit tegen een vaste prijs), te selecteren. Gemeenten kunnen nu ook gunnen op basis van selectiecriteria: op basis van vooraf bekendgemaakte selectiecriteria selecteert een gemeente dan uit de groep van geschikte aanbieders uitsluitend die partijen die zich als beste onderscheiden.<sup>513</sup> Opgemerkt zij dat dit veel op een openhousemodel gaat lijken. Achtergrond van deze wetswijziging is volgens de minister van VWS dat het voor gemeenten, vanwege de aard en complexiteit van het sociaal domein, niet eenvoudig is om daarvoor een passende gunningssystematiek toe te passen.<sup>514</sup> Daarover ontstaan dan ook vaak discussies tussen gemeenten en aanbieders. De gesprekken zouden echter volgens de minister in plaats van over procedures over de inhoud van zorg en de beste vorm van samenwerking moeten gaan; daarom is deze wetswijziging nodig.

Het schrappen van de verplichting om op basis van gunningscriteria te gunnen, vind ik een verbazingwekkende ontwikkeling, waarmee belangrijke kansen – om de overheidsopdracht in te zetten voor goede sociale diensten – kunnen worden gemist. Daarbij staat gunnen op basis van selectiecriteria ook haaks op de uitgangspunten van het aanbestedingsrecht. De essentie van het aanbestedingsrecht is immers, zoals hiervoor reeds opgemerkt, de gunningsfase. Op basis daarvan wordt uitgedaagd tot de beste inschrijvingen en kan in een situatie van effectieve mededinging de beste aanbidding of de beste aanbiddingen (immers, bij een aanbesteding kunnen ook meerdere partijen worden gecontracteerd) worden geselecteerd. Door het ontbreken daarvan wordt een essentiële fase van het aanbestedingsrecht overgeslagen. Geschiktheid- en selectiecriteria zien immers op de aanbieder zelf: is deze zorgaanbieder voldoende bekwaam (wat betreft financiële, technische en beroepsbekwaamheid), om de opdracht uit te voeren. Deze laatste eisen moeten dan ook proportioneel zijn: alleen de eisen die nodig zijn voor de goede uitvoering van de opdracht mogen worden gesteld.<sup>515</sup>

512. Op 19 april 2022 aangenomen door de Tweede Kamer. Wijzigingen van de Jeugdwet en de Wet maatschappelijke ondersteuning 2015 teneinde de uitvoeringslasten bij het aanbesteden van diensten als bedoeld in die wetten te verlichten, alsmede grondslagen op te nemen voor het stellen van regels die bij de inkoop of subsidiëring van die diensten in acht worden genomen (Wet maatschappelijk verantwoord inkopen Jeugdwet en Wmo 2015), via: <https://www.tweedekamer.nl/kamerstukken/wetsvoorstellen/detail?id=2021Z06911&dossier=35816> (laatst gezien 22 april 2022).

513. Zie *Kamerstukken II* 2018/19, 34477, nr. 67.

514. Zie *Kamerstukken II* 2018/19, 34477, nr. 67, p. 6.

515. Zie o.a. art. 1.10 Aw 2012 en de Gids Proportionaliteit.

Evenwel mogen bepaalde kwalitatieve criteria, namelijk de organisatie, kwalificatie en ervaring van het personeel van de zorgaanbieder, op grond van art. 67 lid 2 sub a, onderdeel uitmaken van de gunningscriteria, mits de kwaliteit van dat personeel een aanzienlijke invloed kan hebben op het niveau van de uitvoering van de opdracht.<sup>516</sup> Dit is bij sociale diensten veelal het geval en die aspecten kunnen dus bij de gunningscriteria worden meegenomen en daarbij zelfs een belangrijke rol vervullen. Uiteindelijk moet echter (mede) op basis van wat de zorgaanbieder aanbiedt, dat wil zeggen hoe hij de opdracht gaat uitvoeren, een vergelijking en rangorde worden gemaakt om een aantal zorgaanbieders te contracteren. Daarbij kan, zoals reeds opgemerkt, dus ook alleen op basis van kwaliteit worden geconcurrereerd, waarbij de prijs vaststaat.

Wat betreft de hierboven genoemde aanleiding voor deze wetswijziging, de discussie over een passende gunningsmethodiek, denk ik dat het goed zou zijn als er in het kader van een uniforme procedure ook wordt nagedacht over passende (uniforme) gunningscriteria en -methodes die voldoende onderscheidend zijn; mogelijk zit het probleem hier namelijk ook in het feit dat het lastig wordt gevonden om voldoende onderscheidende gunningscriteria en beoordelingsmethode te hanteren.

### 3.4 VOOR-/NADELEN VAN DE OVERHEIDSOPDRACHT MET HET OOG OP DE GOEDE ORGANISATIE VAN ZORG

De overheidsopdracht kan voor de organisatie van sociale diensten ingezet worden als een instrument voor bredere maatschappelijke doelen.<sup>517</sup> Door het volgen van een aanbestedingsprocedure die gericht is op het vaststellen van de economische meest voordelige inschrijving (EMVI), worden zorgaanbieders namelijk uitgedaagd de beste oplossingen aan te dragen voor de maatschappij en de organisatie van goede zorg.<sup>518</sup> Daarbij is het aan gemeenten om te bepalen welke maatschappelijke doelen zij willen bereiken en dit te vertalen in de gunningscriteria om de zorgaanbieders te selecteren. Zodoende kunnen de ‘beste’ zorgaanbieders, die met hun offerte het beste aan de maatschappelijke doelen van gemeenten voldoen, worden gecontracteerd. Dit kan naast prijs en kwaliteit bijvoorbeeld ook de sociale en maatschappelijke cohesie betreffen. Zo kan bijvoorbeeld ervaring met de lokale context of de specifieke doelgroep, indien dat noodzakelijk is voor de opdracht, worden meegenomen bij de gunning van een overheidsopdracht. Overheidsopdrachten voor sociale diensten kunnen daarnaast ook enkel op basis van kwaliteit tegen een vaste prijs worden gegund, zodat optimaal gestuurd wordt op kwalitatief goede zorgaanbieders.

516. De zaak *Ambisig* is een voorbeeld van deze situatie, zie HvJ EU 26 maart 2015, C-601/13, ECLI:EU:C:2015:204 (*Ambisig*).

517. Zoals hiervoor besproken is dit door Manunza meermaals benadrukt in diverse publicaties en voordrachten, zie o.a.: Manunza 2010<sup>b</sup>; Manunza, *Ars Aequi* 2017.

518. In het kader van de goede (organisatie van) zorg, worden hier vier aspecten betrokken (zie uitgebreider hoofdstuk 1, par. 1.4): betaalbaarheid, kwaliteit, toegankelijkheid en het tegengaan van zorgfraude. Daarbij wordt onder toegankelijkheid slechts ingegaan op de mate van keuzevrijheid. Niet bedoeld is een uitputtende lijst goede aspecten rondom zorg te toetsen, maar dat gemeenten aan de hand van dergelijke aspecten kunnen beoordelen hoe zij hun beleidsdoelstelling rondom goede zorg het beste kunnen verwezenlijken.

Het aanbestedingsrecht biedt daarnaast ook diverse mogelijkheden om geïnteresseerde zorgaanbieders en cliënten bij de opzet van de aanbesteding te betrekken. Dit kan de goede organisatie van zorg ten goede komen aangezien dan beter rekening kan worden gehouden met de behoeften van gebruikers maar ook met de expertise van de verleners van zorg. Zo kan een marktconsultatie worden gehouden zodat gemeenten meer te weten komen over wat zorgaanbieders en andere organisaties te bieden hebben en welke ideeën zij hebben over een goede organisatie van zorg. Ook kan in die fase worden getoetst of de inkoopplannen van de gemeente realistisch zijn of dat er betere opties zijn. De beginselen van gelijke behandeling en transparantie blijven daarbij gewaarborgd door een verslag van de inhoud en het proces van de marktconsultatie te voegen bij de aanbestedingsstukken.

Verder kunnen ook de gebruikers – sociale diensten worden immers georganiseerd voor derden – worden betrokken bij de vormgeving van de aanbesteding, zoals bij de definiëring van de uit te vragen sociale diensten of ook bij de beoordeling van de inschrijvingen. Dit kan een positieve invloed hebben op de kwaliteit omdat zodoende de wensen en behoeften van de uiteindelijke gebruikers, de cliënten, worden meegenomen.

Met het oog op de organisatie van goede zorg is de overheidsopdracht dan ook een instrument bij uitstek om diensten van de beste kwaliteit tegen de beste prijs in te kopen. Er wordt namelijk een situatie van competitie gecreëerd waarbij de beste zorgaanbieders worden geselecteerd voor de uitvoering van de opdracht. In een context van vergrijzing en stijgende zorgkosten die innovatieve oplossingen vergt, kan dit instrument, mits op de juiste wijze ingezet, dan ook een positieve invloed hebben op de betaalbaarheid versus kwaliteit van sociale diensten, dan wel op (alleen) de kwaliteit daarvan.

Wat keuzevrijheid voor cliënten betreft, iets wat in Nederland doorgaans van groot belang wordt geacht,<sup>519</sup> geldt dat afhankelijk van hoe gemeenten het instrument van de overheidsopdracht inzetten in meer of mindere mate keuzevrijheid aan cliënten kan worden aangeboden. Gemeenten hebben namelijk de keuze om één of meerdere zorgaanbieders te contracteren voor de opdracht en kunnen zodoende vooraf bepalen met hoeveel zorgaanbieders zij een contract willen sluiten. Zo kunnen gemeenten bijvoorbeeld door middel van raamovereenkomsten meerdere zorgaanbieders contracteren en de keuze aan cliënten overlaten.<sup>520</sup> Op die wijze kan dus in meerdere of mindere mate in keuzevrijheid worden voorzien.

Als het gaat om het tegengaan van zorgfraude, geldt dat door het toetsen van de geschiktheid van de zorgaanbieders, het toepassen van uitsluitingsgronden en het gunnen op basis van gunningscriteria, in zekere mate zorgfraude kan worden tegengegaan. Zo kunnen geschiktheidseisen – zoals het hebben van bepaalde diploma's, erkenningen en VOG's – worden gesteld die onbetrouwbare zorgaanbieders zo min mogelijk kansen geven de opdracht te winnen. Ook door toepassing van de uitsluitingsgronden kan (ernstige) zorgfraude worden tegengegaan. (Ernstige) fraude met zorggeld kan immers onder de uitsluitingsgrond van art. 2.87 lid 1

519. Zie daarover o.a. par. 1.4 en par. 2.2.

520. Zie de regeling van raamovereenkomsten in art. 2.44 e.v. en 2.139 e.v. Aw 2012.



sub c, de ernstige beroepsfout, worden geschaard.<sup>521</sup> Het moet bij de toepassing van deze uitsluitingsgrond daarbij wel gaan om kwade opzet of nalatigheid van een zekere ernst.<sup>522</sup> Ook moet de fraude volgens deze bepaling ‘aannemelijk’ worden gemaakt; er moet dus wel een passend bewijsmiddel zijn, maar aanbestedende diensten lijken een ruime beoordelingsvrijheid te hebben bij het beoordelen van de gedraging. Vanwege de consequentie die daaraan wordt verboden (uitsluiting), lijkt hierbij enig hard bewijs – bijvoorbeeld dat de onregelmatigheid is vastgesteld door de inspectie of een onafhankelijke autoriteit – wel noodzakelijk. Daarnaast moet de ondernemer op wie de uitsluitingsgrond van toepassing is op grond van art. 2.87a Aw 2012 in de gelegenheid worden gesteld te bewijzen dat hij voldoende maatregelen heeft genomen die zijn betrouwbaarheid (weer) aantonen; slaagt hij daarin dan mag hij niet worden uitgesloten. Verder geldt in het kader van het proportionaliteitsbeginsel een maximale terugkijktermijn van drie jaar.<sup>523</sup>

In dit verband zou het evenwel de duidelijkheid ten goede komen als expliciet wordt gemaakt, bijvoorbeeld in de memorie van toelichting van de Aw 2012, dat (ernstige) fraude met overheidsgeld, waaronder zorgfraude, is aan te merken als een ernstige beroepsfout. Ook hier moet dan wel duidelijk worden gemaakt dat niet alle onregelmatigheden daaronder vallen, maar dat het moet gaan om ‘kwade opzet of nalatigheid van een zekere ernst’. Daarbij zou tevens meer duidelijkheid kunnen worden gegeven wat voor bewijsmiddel nodig is om de ernstige fout aannemelijk te maken.

Bovendien kan ook de Wet Bibob een rol spelen bij het tegengaan van zorgfraude. Deze wet vormt een (preventief) bestuurlijk instrument om overheden te ondersteunen bij het voorkomen van het door hen ongewild faciliteren van criminele activiteiten. Bij het afgeven van beschikkingen (bijvoorbeeld in het kader van een subsidie of een vergunning) of het gunnen van overheidsopdrachten, kan de overheid namelijk op basis van deze wet zelf onderzoek doen of onderzoek laten doen door het Landelijk Bureau Bibob naar de mate van gevaar van misbruik van bijvoorbeeld de vergunning, de subsidie of de overheidsopdracht.<sup>524</sup> Als op basis van dit onderzoek blijkt dat er ernstig gevaar dreigt dat de subsidie, vergunning of overheidsopdracht voor verkeerde doeleinden zal worden gebruikt, dan kan de vergunning of subsidie worden geweigerd en kan een inschrijver bij een overheidsopdracht worden uitgesloten van de aanbestedingsprocedure. Daarbij geldt echter dat de toepassing van de Wet Bibob bij de subsidie en de vergunning veel ruimer is (en dus breder kan worden ingezet) dan bij overheidsopdrachten, aangezien de gedraging bij een overheidsopdracht dan altijd onder een van de uitsluitingsgronden neergelegd in de Aanbestedingswet zal moeten vallen (art. 2.86 en 2.87 Aw 2012).

521. Ook art. 2.87 lid 1 sub a zou kunnen worden genoemd. Over de reikwijdte en werking van sub a bestaat overigens nog wel discussie, zie: Meesters, *TBR* 2021/17 en reactie daarop: Huisjes, *TBR* 2021/17. Zie ook: Huisjes 2021.

522. HvJ EU 13 december 2012, C-465/11, ECLI:EU:C:2012:801 (*Forposta*). Zie hierover ook: Bouwman, *TBR* 2016/65.

523. Art. 2.87 lid 2 Aw 2012.

524. Op grond van art. 3 lid 1 Wet Bibob gaat het om misbruik door a) uit gepleegde strafbare feiten verkregen of te verkrijgen, op geld waardeerbare voordelen te benutten, of b) om daarmee strafbare feiten te plegen.

Ten slotte zij opgemerkt dat een aanbestedingsprocedure in de praktijk vaak als een zware administratieve last wordt beschouwd: de transactiekosten en tijd die daarmee gepaard gaat, zouden hoog zijn.<sup>525</sup> Ook wordt wel als nadeel genoemd dat het volgen van de aanbestedingsregels de continuïteit van de zorg tegengaat; immers, met een nieuwe aanbesteding kunnen bestaande (vertrouwens)relaties tussen zorgverleners en zorgontvangers verloren gaan. In dat verband geldt echter dat afhankelijk van de wijze waarop de overheidsopdracht wordt ingezet, deze negatieve gevolgen wel kunnen worden beperkt, bijvoorbeeld door: (1) alleen de noodzakelijke eisen en geen zware eisen te stellen, (2) alle aanbestedingsvoorwaarden kort, bondig en overzichtelijk te formuleren, (3) een eenvoudige aanbestedingsprocedure te volgen, (4) contracten voor een langere duur af te sluiten en (5) in het contract te voorzien in een goede overgangsregeling voor bestaande zorgverlenersrelaties.<sup>526</sup>

### 3.5 DE OVERHEIDSOPDRACHT 3.0 BIEDT DUIDELIJKE SCHEIDSLIJNEN MET ANDERE RECHTSINSTRUMENTEN

In deze paragraaf wordt uitgebreid ingegaan op de reikwijdte van het EU-begrip overheidsopdracht. Aan de hand daarvan kunnen namelijk de scheidslijnen met andere rechtsinstrumenten, de subsidie, vergunning en het openhousemodel, worden bepaald. Daarbij staat de EU-definitie van de overheidsopdracht zoals neergelegd in de aanbestedingsrichtlijn 2014/24/EU en zoals uitgelegd en aangevuld door het HvJ EU in zijn jurisprudentie centraal. Hierna wordt ook wel gesproken van de wettelijke en jurisprudentiële criteria van de overheidsopdracht. Daarbij zal blijken dat vooral de jurisprudentiële criteria van doorslaggevend belang zijn om de overheidsopdracht van andere instrumenten te kunnen onderscheiden. Aan de hand van de criteria van de overheidsopdracht die in deze paragraaf worden besproken, wordt de juridische basis gelegd op basis waarvan gemeenten een doelbewuste keuze voor een van de instrumenten kunnen maken om sociale diensten te organiseren. Deze scheidslijnen zullen in hoofdstuk 4 verder worden uitgewerkt voor de vergunning en subsidie en in hoofdstuk 5 voor het openhousemodel.

#### 3.5.1 De EU-overheidsopdracht als uitgangspunt bij het onderscheiden van instrumenten

Om de overheidsopdracht van de subsidie, vergunning en het openhousemodel te onderscheiden, wordt hierna de EU-definitie van de overheidsopdracht als uitgangspunt genomen. Dit doe ik omdat het aanbestedingsrecht dat van toepassing is op overheidsopdrachten, op EU-niveau is gecoördineerd en daarom voorrang heeft op

525. *Kamerstukken II 2018/19, 35105, nr. 2; Kamerstukken II 2018/19, 34477, nr. 56; Beschouwing over inkoop jeugdhulp, kwaliteit en verantwoording 2019; Kamerstukken II 2020/21, 34477, nr. 74; Viool e.a. 2020<sup>a</sup>; Viool e.a. 2020<sup>b</sup>.*

526. Zie voor een overzicht van de voor- en nadelen ten opzichte van de verschillende instrumenten, en maatregelen om de genoemde nadelen van aanbesteden te mitigeren, ook: Ogink & Lohmann 2021.

ationale regels. Het Europees recht is immers van hogere juridische rangorde dan nationaal recht.<sup>527</sup>

Door sluiting van het EEG-Verdrag, dat later is overgaan in het EG-Verdrag en nu de EU-Verdragen betreffen, hebben lidstaten hun soevereiniteit voor een deel overgedragen aan de EU en is een nieuwe autonome rechtsorde ontstaan. Binnen die rechtsorde gelden eigen doelstellingen en eigen begrippen die voorrang hebben op nationale doelstellingen en begrippen. Zo hebben de EU-definities van de overheidsopdracht en de concessieopdracht voorrang op nationale definities van bijvoorbeeld subsidies of vergunningen. Alleen zo kan immers het EU-recht daadwerkelijk geëffectueerd, en de doelstellingen achter het Unierecht (en het aanbestedingsrecht) worden bereikt.

Elke subsidie of vergunning die in werkelijkheid een overheidsopdracht of concessieopdracht in de zin van respectievelijk Richtlijn 2014/24/EU en Richtlijn 2014/23/EU is, moet in overeenstemming met de EU-aanbestedingsrichtlijnen worden uitbesteed. Worden deze instrumenten verkeerd ingezet, een overheidsopdracht wordt bijvoorbeeld gelabeld als een subsidie, dan zal al snel sprake zijn van strijd met EU-recht en ontduiking daarvan. Zo kunnen immers de doelen van dat EU-kader niet worden verwezenlijkt. De Europese aanbestedingsrichtlijnen mogen dan ook niet worden omzeild door een instrument aan te merken als subsidie of vergunning.

In lijn daarmee kijkt ook het HvJ EU bij het beoordelen van een activiteit of deze onder de aanbestedingsrichtlijn valt, niet naar het nationale label dat door een overheidsinstantie op een instrument is geplakt, bijvoorbeeld een subsidie, maar toetst het of aan de definitie van het begrip overheidsopdracht in de aanbestedingsrichtlijnen is voldaan. Dit blijkt bijvoorbeeld uit de zaak *Auroux/Roanne*, waarin het Hof overweegt:

*‘de definitie van een overheidsopdracht voor de uitvoering van werken [behoort] tot het gebied van het gemeenschapsrecht [...]. Daar artikel 1, sub a, van de richtlijn voor zijn strekking en draagwijdte geen uitdrukkelijke verwijzing naar het recht van de lidstaten bevat, is de juridische kwalificatie van de overeenkomst naar Frans recht irrelevant om te beoordelen of de overeenkomst binnen de werkingssfeer van de richtlijn valt’.*<sup>528</sup>

Het HvJ EU toetst bij de vraag of sprake is van een overheidsopdracht in de zin van de aanbestedingsrichtlijnen de materiële kenmerken van de te beoordelen activiteit. Het Hof hanteert daarbij bovendien een functionele uitleg van het begrip overheidsopdracht, als het de vereisten daarvan interpreteert op een wijze passend bij de

527. Dit is reeds in 1964 door het HvJ EU uitgelegd in: HvJ EG 3 juni 1964, zaak 6/64, ECLI:EU:C:1964:34 (*Costa/ENEL*).

528. HvJ EG 18 januari 2007, zaak C-220/05, ECLI:EU:C:2007:31 (*Auroux Roanne*), r.o. 40; zie ook: HvJ EG 20 oktober 2005, zaak C-264/03, ECLI:EU:C:2005:620 (*Commissie/Frankrijk*), r.o. 36; HvJ EU 10 juli 2014, zaak C-213/13, ECLI:EU:C:2014:2067 (*Impresa Pizzarotti*), r.o. 40. Zo maakt het bijvoorbeeld ook niet uit of de wijze van organiseren in een lidstaat publiekrechtelijk dan wel privaatrechtelijk wordt vormgegeven, om te beoordelen of sprake is van een overheidsopdracht, zie daarover o.a.: HvJ EU 12 juli 2001, zaak C-399/98, ECLI:EU:C:2001:401 (*Scala*), r.o. 73; zie daarover ook: Manunza 2001, p. 15; zie hierover n.a.v. *Impresa Pizzarotti*: Gelderman & Vermeulen, TBR 2019/64.

doelstellingen van de EU-aanbestedingsrichtlijnen.<sup>529</sup> Dit om het bovengenoemde *effet utile* van EU-recht te waarborgen. Daarbij worden de regels van Europees recht zo ruim mogelijk en uitzonderingen zo eng mogelijk geïnterpreteerd om een inperking van EU-doelstellingen zo klein mogelijk te maken.<sup>530</sup>

*Aandachtspunt voor gemeenten die sociale diensten organiseren*

De Europese definitie van het begrip overheidsopdracht gaat dus voor op nationaal gedefinieerde instrumenten en op grond daarvan moeten handelingen in de lidstaten aan het Europeesrechtelijke begrip overheidsopdracht worden getoetst. Dit is ook van belang voor gemeenten die sociale diensten door middel van de rechtsinstrumenten van overheidsopdrachten, subsidies, vergunningen en het openhouse-model organiseren.

Concreet betekent dit dat een gemeente, als zij een rechtsinstrument kiest om deze diensten te organiseren, zich bewust zal moeten zijn van de hiërarchie van de EU-regulering en daarmee samenhangend van de reikwijdte van de (definitie van de) overheidsopdracht. Daarbij is dus niet in de eerste plaats relevant welke benaming door het Nederlandse nationale recht of door een gemeente aan een instrument is gegeven. Een gemeente zal per geval moeten toetsen of, bijvoorbeeld door de wijze waarop zij dit instrument inzet, sprake is van een overheidsopdracht in de zin van de EU-aanbestedingsrichtlijnen. Zo zal een gemeente die kiest voor een subsidie, vergunningstelsel of een openhousemodel, moeten toetsen of de wijze waarop zij de subsidie of het vergunningen-, dan wel openhousestelsel vormgeeft, ook in het licht van de EU-definitie van de overheidsopdracht (en van de concessieopdracht, zie daarover hoofdstuk 6) als een subsidie, vergunningen- of openhousestelsel kan worden aangemerkt.

In lijn daarmee zal ook de Nederlandse rechter bij de vraag of sprake is van een overheidsopdracht dan wel een subsidie, een handeling aan het EU-begrip overheidsopdracht moeten toetsen. Dit alles om omzeiling van EU-recht tegen te gaan en ervoor te zorgen dat het *effet utile*, de doelstellingen van het EU-recht, effectief worden bereikt.

### 3.5.2 Wettelijke en jurisprudentiële criteria overheidsopdracht vormen juridisch doorslaggevende scheidslijnen met andere instrumenten

De reikwijdte van het rechtsinstrument overheidsopdracht, kan in de eerste plaats worden afgebakend aan de hand van de definitie van het begrip neergelegd in artikel 2 lid 1 (5) Richtlijn 2014/24/EU, zoals ook geïmplementeerd in art. 1.1 Aw 2012:

*‘Overheidsopdrachten: 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’.*

529. Zie bijv.: Scala, r.o. 52, 75; Auroux/Roanne, r.o. 40; zie hierover o.a. ook: Manunza 2001, p. 67; Neergaard, PPLR 2007, p. 397 e.v.; Bovis, CMLR 2012, p. 260; Caranta 2014, p. 87; Janssen 2018, p. 55; Kuypers & De Wit 2018, p. 493.

530. Manunza 2001, p. 67.

Deze definitie zal als leidraad worden genomen om het onderscheid tussen de overheidsopdracht en de andere instrumenten te verduidelijken. De overheidsopdracht als instrument wordt daarmee gelijkgesteld aan de reikwijdte van dit begrip volgens de EU-aanbestedingsregels. De verschillende onderdelen van deze definitie zullen hieronder als (wettelijke) criteria van de overheidsopdracht worden aangeduid. Daarbij zij opgemerkt dat sprake is van cumulatieve vereisten: er is immers alleen sprake van een overheidsopdracht als aan al deze criteria is voldaan. Met het oog op het onderscheiden tussen de overheidsopdracht en andere instrumenten geldt dat deze criteria zo moeten worden begrepen dat wanneer deze criteria zijn vervuld, sprake is van een EU-overheidsopdracht en dat dus geen sprake kan zijn van een subsidie, vergunning of openhousemodel.

De criteria die aan deze definitie kunnen worden ontleend, kunnen als volgt worden onderverdeeld:

- overeenkomsten onder bezwarende titel;
- die schriftelijk zijn;
- gesloten tussen (één of meerdere) ondernemers;
- met (één of meerdere) aanbestedende diensten;
- die betrekking hebben op de uitvoering van werken, de levering van producten of de verlening van diensten.

Ook het HvJ EU, wanneer het wordt gevraagd om te oordelen of in een specifiek geval al dan niet sprake is van een overheidsopdracht, toetst aan deze cumulatieve criteria om te bepalen of van een overheidsopdracht sprake is.<sup>531</sup> Uit jurisprudentie van het HvJ EU volgt echter dat deze wettelijke criteria van de overheidsopdracht niet voldoende zijn, en dus in zekere zin tekort schieten, om de overheidsopdracht van andere instrumenten te onderscheiden. Het HvJ EU heeft dan ook in zijn jurisprudentie aanvullende vereisten geïntroduceerd die ook van belang zijn om te kunnen spreken van een overheidsopdracht. Het blijkt daarbij juist deze jurisprudentiële criteria aan de hand waarvan gemeenten een juridisch doorslaggevend onderscheid kunnen maken tussen de overheidsopdracht en andere instrumenten.

Allereerst gaat het daarbij om enkele nadere sub-criteria die het HvJ EU uit het wettelijke criterium ‘overeenkomst onder bezwarende titel’ heeft gedestilleerd. Deze sub-criteria zijn met name van belang om de overheidsopdracht van de subsidie en vergunning te onderscheiden. Het gaat dan om: het bestaan van een rechtstreeks economisch belang (i), een afdwingbare uitvoeringsverplichting (ii) en (de ruime uitleg van) de tegenprestatie bestaande in enig economisch voordeel (iii). Deze sub-criteria vormen in feite onderdeel van het wettelijk criterium van de overeenkomst onder bezwarende titel, aangezien deze drie vereisten het wederzijdse karakter dat inherent is aan een overeenkomst onder bezwarende titel, en dus van een overheidsopdracht, verder uitwerken en uitleggen. Daarbij is van belang reeds

531. Zie o.a.: HvJ EG 12 juli 2001, C-399/98, ECLI:EU:C:2001:401 (*Scala*); HvJ EG 18 januari 2007, C-220/05, ECLI:EU:C:2007:31 (*Auroux/Roanne*); HvJ EU 25 maart 2010, C-451/08, ECLI:EU:C:2010:168 (*Helmut Müller*); HvJ EG 19 april 2007, C-295/05, ECLI:EU:C:2007:227 (*Asemfo Tragsa*); HvJ EU 19 december 2012, C-159/11, ECLI:EU:C:2012:817 (*ASL Lecce*); HvJ EU 13 juni 2013, C-386/11, ECLI:EU:C:2013:385 (*Piepenbrock*); HvJ EU 18 oktober 2018, C-606/17, ECLI:EU:C:2018:843 (*IBA Molecular Italy*).

op te merken dat wanneer deze sub-criteria bij een zogenoemde ‘subsidie’ of ‘vergunning’, zijn vervuld, snel sprake is van een overheidsopdracht in de zin van de aanbestedingsrichtlijnen.

Daarnaast gaat het om het jurisprudentiële criterium van (wat ik aanduid als) ‘exclusieve selectie’. Het HvJ EU gebruikt voor dit vereiste ook wel de bewoordingen: ‘de keuze van een inschrijving en dus van een begunstigde’. Dit criterium is niet in de definitie van de overheidsopdracht terug te vinden, maar door het HvJ EU in de zaken *Falk Pharma* en *Tirkkonen* als een ‘intrinsiek verbonden element’ van de overheidsopdracht aangemerkt. Dit criterium onderscheidt de overheidsopdracht van het openhousemodel en houdt in dat voor het bestaan van een overheidsopdracht is vereist dat een exclusieve selectie wordt gemaakt uit geïnteresseerde ondernemers. Andersom geldt dat overheidscontracten die zonder een dergelijke selectie aan zorgaanbieders worden toegekend, dus niet als overheidsopdracht zijn aan te merken.

Wellicht ten overvloede: aan alle criteria – wettelijk en jurisprudentieel – van het begrip overheidsopdracht als bedoeld in de aanbestedingsrichtlijn moet dus zijn voldaan om te kunnen spreken van een overheidsopdracht. Andersom geldt dat als het handelen van een gemeente aan al deze criteria voldoet, dat dan sprake is van een overheidsopdracht en de aanbestedingsregels zullen moeten worden gevolgd – ongeacht de nationale benaming van subsidie, vergunning of openhousemodel en ongeacht of gekozen is voor een van de niet-gereguleerde inkoopprocedures zoals bijvoorbeeld het Zeeuws model of Dialooggericht contracteren.<sup>532</sup>

Daarbij verdient opmerking dat in de literatuur reeds regelmatig is geschreven over het onderscheid tussen de verschillende rechtsinstrumenten.<sup>533</sup> Sommige auteurs hebben echter (ook) andere criteria aangewezen om de overheidsopdracht van andere instrumenten, zoals de subsidie en de vergunning, te onderscheiden. Zo geeft Caranta de voorkeur aan het criterium ‘acquisition’ [aankoop], uit de definitie van het begrip ‘aanbesteding’ in artikel 1 lid 2 van de aanbestedingsrichtlijn, als meest onderscheidende kenmerk tussen de overheidsopdracht en de subsidie en de vergunning. In die zin zou het gaan om de vraag: heeft de aanbestedende dienst al dan niet een ‘aankoop’ gedaan van een werk, product of dienst of iets ‘verworven’ voor zichzelf of ten voordele van een algemeen publiek; is dat het geval dan is sprake van een overheidsopdracht, is dat niet het geval dan kan sprake zijn van een vergunning of subsidie.

Om een einde te maken aan de onduidelijkheid die er in de praktijk over de scheidslijnen tussen de overheidsopdracht en andere instrumenten bestaat, is naar mijn mening echter een toets noodzakelijk aan alle vereisten uit de EU-definitie van de overheidsopdracht. Zo kan immers preciezer worden bepaald of daarvan al dan niet sprake is. Het criterium ‘aankoop’ is daarbij niet altijd even duidelijk toe te passen en leidt dan ook tot rechtsonzekerheid. Bovendien is bovengenoemde toets aan de criteria van de overheidsopdracht ook de toets die het HvJ EU toepast.

532. Over deze procedures meer in par. 1.2.2 en hoofdstuk 7.

533. Zie o.a.: Dischendorfer, *PPLR* 2001; Manunza 2010<sup>b</sup>, p. 49-119; Arrowsmith 2014, p. 388-398; Caranta, *CMLR* 2015; Drahmman 2015; Wolswinkel, *PPLR* 2015; Essers & Lombert 2017; Kuypers & De Wit, *TBR* 2018/72; Gelderman & Vermeulen, *TBR* 2019/64; Van Ommeren, *NTB* 2020/257.

Volgens Drahmman kan, mede op basis van jurisprudentie van de nationale bestuursrechter, het onderscheid tussen de overheidsopdracht en de subsidie wel worden gevonden in de criteria: of sprake is van een overeenkomst onder bezwarende titel (i), wie de initiatiefnemer is (ii), wat het doel van de activiteit is (iii), en of sprake is van commerciële activiteiten (iv).<sup>534</sup> Zoals zal blijken in paragraaf 3.5.3 en in paragraaf 4.3 verder wordt besproken, kan de vraag of sprake is van een EU-overheidsopdracht echter niet worden vastgesteld aan de hand van deze vier criteria; slechts criterium (i) de overeenkomst onder bezwarende titel is hierbij van belang. De overige genoemde criteria zijn irrelevant om te bepalen of sprake is van een overheidsopdracht.

Hieronder worden de verschillende criteria – wettelijk en jurisprudentieel – van de overheidsopdracht dan ook besproken, waarbij het accent zal liggen op die criteria die in de volgende hoofdstukken van belang blijken om de overheidsopdracht van de subsidie/vergunning en het openhousemodel te onderscheiden.

### 3.5.3 De overeenkomst onder bezwarende titel: scheidslijn met de subsidie en de vergunning

Het eerste (wettelijke) criterium uit de definitie van de overheidsopdracht betreft de overeenkomst onder bezwarende titel. Dit criterium vormt een van de belangrijkste scheidslijnen van de overheidsopdracht met de instrumenten van de vergunning en de subsidie. Hieronder wordt dan ook ingegaan op de inhoud daarvan en de invulling die aan dit criterium door het HvJ EU is gegeven (de jurisprudentiële sub-criteria).

Toegepast op de organisatie van sociale diensten geldt dat wanneer het handelen van een gemeente aan dit criterium voldoet, een belangrijk criterium van de overheidsopdracht is vervuld. Is ook aan de overige wettelijke en jurisprudentiële criteria die worden besproken in de paragrafen 3.5.4 en 3.5.5 voldaan, dan is sprake van een overheidsopdracht die overeenkomstig de aanbestedingsrichtlijnen moet worden gegund. In hoofdstuk 4, paragraaf 4.3, zal dit criterium van de overeenkomst onder bezwarende titel als scheidslijn met de subsidie en vergunning verder worden uitgewerkt en toegepast.

#### 3.5.3.1 *De overheidsopdracht is een wederkerige overeenkomst: prestatie voor een tegenprestatie*

Van belang is allereerst dat een overeenkomst onder bezwarende titel betekent dat het gaat om een wederkerige overeenkomst: beide partijen moeten bij deze overeenkomst iets presteren.<sup>535</sup> Het gaat daarbij dus om een twee- of meerzijdige overeenkomst. Bovendien gaat het om een tweezijdige of meerzijdige rechtshandeling, nu er van twee kanten sprake is van een op een rechtsgevolg gerichte wil die zich door een verklaring heeft geopenbaard.<sup>536</sup> In dat licht wordt ook het bestaan van wilsovereenstemming wel als een onderdeel van de overeenkomst onder be-

534. Drahmman 2015, p. 154; zie ook o.a.: Van den Brink & Den Ouden, *NJB* 2016/2000.

535. Hijma e.a. 2016, p. 12.

536. Zie o.a. art. 3:33 BW. Zie meer over de eenzijdige rechtshandeling in: Spierings 2016.

zwarende titel, en dus van een overheidsopdracht, aangemerkt.<sup>537</sup> In het Nederlands Burgerlijk Wetboek wordt de overeenkomst onder bewarende titel de ‘overeenkomst anders dan om niet’ genoemd.<sup>538</sup> De overeenkomst onder bezwarende titel betreft dan ook nooit de ‘overeenkomst om niet’. Overeenkomsten vormen altijd een meezijdige rechtshandeling, en zijn ook vaak een meezijdige of tweezijdige overeenkomst. Toch bestaan er ook eenzijdige overeenkomsten, waarbij slechts één partij verplicht is te presteren. Daarbij kan worden gedacht aan bruikleen en schenking. Deze eenzijdige overeenkomsten, zijn dus wel overeenkomsten, maar zijn geen overeenkomst onder bezwarende titel.

De overeenkomst onder bezwarende titel is daarmee, net als alle overeenkomsten, een meezijdige rechtshandeling en betreft een wederkerige overeenkomst. Deze betekenis van de overeenkomst onder bezwarende titel wordt ook meermaals aangehaald door het HvJ EU, als het uitlegt dat de overeenkomst onder bezwarende titel betekent:

*‘dat de aanbestedende dienst die een overheidsopdracht (...) heeft afgesloten, in het kader ervan een prestatie voor een tegenprestatie ontvangt’.*<sup>539</sup>

Het Hof drukt de wederkerigheid van de relatie bij een overheidsopdracht uit door vast te stellen dat het gaat om het uitvoeren van een prestatie voor een tegenprestatie.<sup>540</sup> Activiteiten van een aanbestedende dienst, in het sociaal domein van gemeenten, waarbij sprake is van een dergelijke wederkerige relatie, vormen dus een overeenkomst onder bezwarende titel.<sup>541</sup>

### 3.5.3.2 Jurisprudentiële sub-criteria werken wederzijdse karakter verder uit

In de jurisprudentie heeft het HvJ EU, bij het toetsen of een activiteit is aan te merken als een overeenkomst onder bezwarende titel, enkele belangrijke sub-criteria onderscheiden die ook nodig zijn om te spreken van een overheidsopdracht: het bestaan van een rechtstreek economisch belang voor de aanbestedende dienst (i); een afdwingbare uitvoeringsverplichting (ii) en het bestaan van een tegenprestatie: enig economisch voordeel (iii).

Deze sub-criteria verduidelijken in essentie het karakter van de overeenkomst: een tweezijdige rechtshandeling, waarbij de opdrachtnemer iets moet (afdwingbare uitvoeringsverplichting) presteren (bij die prestatie heeft de opdrachtgever een bepaald belang) en voor het uitvoeren van die opdracht krijgt de opdrachtnemer op zijn beurt een tegenprestatie. Het blijken dan ook juist deze jurisprudentiële sub-criteria die het onderscheid tussen de overheidsopdracht en de subsidie/vergunning verder verduidelijken. Daarbij geldt dat ook deze criteria cumulatieve vereisten

537. Janssen 2018, p. 56 e.v.

538. Hijma e.a. 2016, p. 12.

539. Helmut Müller, r.o. 48. Zie ook o.a.: Scala, r.o. 77; Auroux/Roanne, r.o. 45; En meer recent: HvJ EU 28 mei 2020, C-796/18, ECLI:EU:C:2020:395 (Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung, hierna: Stadt Köln), r.o. 40.

540. Nu de wederkerigheid duidelijk volgt uit de term overeenkomst onder bezwarende titel, wordt deze niet als apart jurisprudentieel deelelement besproken.

541. Zie over dit karakter van de overheidsopdracht bijvoorbeeld ook reeds de conclusie bij het Tekal-arrest van A-G Cosmas van 1 juli 1999, C-107/98, ECLI:EU:C:1999:344.



betreffen: alleen als van alle sub-criteria sprake is, dan is sprake van een overeenkomst onder bezwarende titel.

Hieronder zal ik een groot aantal arresten van het HvJ EU bespreken; in dat kader zal ik waar relevant ook bezien aan de hand van welke vorm van interpretatie het Hof tot zijn oordeel komt dat aan een vereiste is voldaan.

### 3.5.3.3 *Jurisprudentieel sub-criterium I: rechtstreeks economisch belang*

Een aantal van de eerste arresten van het HvJ EU waarin de jurisprudentiële sub-criteria van de overeenkomst onder bezwarende titel naar voren komen, gaan over gebiedsontwikkeling.<sup>542</sup> Uit deze arresten volgt onder meer het eerste sub-criterium van de overeenkomst onder bezwarende titel: het bestaan van een rechtstreeks economisch belang voor de aanbestedende dienst. Dit sub-criterium is allereerst aan de orde in het *Scala*-arrest uit 2001, maar wordt duidelijker vastgesteld in het *Helmut Müller*-arrest uit 2010. In dit laatste arrest wordt ook het arrest *Auroux/Roanne* uit 2007 aangehaald, waaruit dit sub-criterium zou blijken.

In deze arresten is onder meer bijzonder dat de aanbestedende dienst geen eigenaar is of wordt van de grond waarop gebouwd gaat worden, maar waarbij volgens het HvJ EU desondanks een verhouding ontstaat tussen de aanbestedende dienst en de (toekomstige) eigenaar, die mogelijk kan worden aangemerkt als een overheidsopdracht voor het bouwen of ontwikkelen van infrastructuur. In deze bijzondere situaties wordt het sub-criterium van het rechtstreeks economisch belang relevant om vast te stellen of al dan niet sprake is van een overheidsopdracht. Is namelijk geen sprake van een rechtstreeks economisch belang, dan is volgens het Hof ook geen sprake van een overheidsopdracht. Uit het meer recente arrest *Stadt Köln* volgt daarnaast duidelijk dat het rechtstreeks economisch belang ook een rol kan spelen bij het leveren van goederen of diensten.<sup>543</sup> Hieronder wordt dit sub-criterium aan de hand van deze arresten besproken.

Voor sociale diensten geldt daarbij dat uit deze jurisprudentie zal blijken dat aan dit criterium snel is voldaan, namelijk als de aanbestedende dienst financiële belangen heeft bij de uitvoering van de prestatie (het uitvoeren van de sociale diensten).

#### 3.5.3.3.1 *Heeft overheid belang bij uitvoeren van het werk of de diensten?*

Het eerste arrest waarin het jurisprudentieel sub-criterium van een rechtstreeks economisch belang – indirect – aan de orde komt, is het *Scala*-arrest.<sup>544</sup> In dit arrest staat het project ‘Scala 2001’ van de gemeente Milaan in Italië centraal. Een particuliere marktdeelnemer Pirelli heeft grond aangekocht, waarop in het kader

542. Zie o.a.: HvJ EG 12 juli 2001, C-399/98, ECLI:EU:C:2001:401 (*Scala*); HvJ EU 18 januari 2007, C-220/05, ECLI:EU:C:2007:31 (*Auroux/Roanne*); HvJ EU 25 maart 2010, C-451/08, ECLI:EU:C:2010:168 (*Helmut Müller*). Over de implicaties van deze belangwekkende arresten op het terrein van gebiedsontwikkeling en de reikwijdte van het begrip overheidsopdracht op dit terrein is destijds in de literatuur veel discussie geweest, zie o.a.: Bregman, *BR* 2002; Hebly & Wilman, *NtEr* 2007; Essers, *BR* 2007/84 2007; De Groot, *BR* 2007/219; Boot & Wuijster, *TBR* 2008/26; t Hart & Albers, *NtEr* 2010; Kuypers & Simon, *BR* 2010; Bregman, *TBR* 2010/108.

543. HvJ EU 28 mei 2020, C-796/18, ECLI:EU:C:2020:395 (*Stadt Köln*).

544. HvJ EG 12 juli 2001, C-399/98, ECLI:EU:C:2001:401 (*Scala*).

van dit project een theater moet worden gebouwd. In dat verband zijn de gemeente Milaan en de grondeigenaren-exploitanten voor de bouw van (de buitengevel van) het theater diverse verbintenissen aangegaan met betrekking tot de uitvoering van de werken, de termijnen en financiering.<sup>545</sup> Uit deze overeenkomsten blijkt dat de buitengevel van het theater zal worden uitgevoerd en gefinancierd door de eigenaar-exploitanten in eigen beheer en dat deze grondeigenaar wordt ontslagen van zijn verplichting om de krachtens de Italiaanse nationale en regionale wetgeving aan de stad Milaan verschuldigde bijdrage in de exploitatiekosten te voldoen.<sup>546</sup> De grondeigenaar heeft zelf, zonder aanbesteding, contracten gesloten om het theater te bouwen.

In deze zaak toetst het HvJ EU de verschillende criteria van de overheidsopdracht en oordeelt, mede op grond van wat de verwijzende rechter over de bijdrage in de exploitatiekosten heeft gesteld, dat aan alle criteria van de overheidsopdracht is voldaan en dus een aanbestedingsprocedure had moeten worden gevolgd voor de uitvoering van de werken. Daarbij is onder meer van belang dat 'het beheer van de openbare werken, waaronder het theater, volledig berust bij de bevoegde instanties die krachtens rechtstitel waarover zij beschikken voor de beschikbaarheid kunnen instaan, teneinde alle plaatselijke gebruikers de toegang te verzekeren'.<sup>547</sup> Hier komt het sub-criterium rechtstreeks economisch belang naar voren; een vereiste dat als zodanig pas expliciet wordt vastgesteld in het latere en hierna te bespreken *Helmut Müller*-arrest.<sup>548</sup> Duidelijk is namelijk dat in deze zaak de overheid, hoewel zij geen eigenaar is van de grond, een bepaald belang heeft bij de verwezenlijking van het theater en de uiteindelijke beschikbaarheid. Dit is een van de gronden die ervoor zorgt dat het HvJ EU in deze zaak tot het oordeel komt dat sprake is van een overeenkomst onder bezwarende titel, en ook van een overheidsopdracht.

Daarbij zij over de uitkomst van deze zaak nog opgemerkt, dat dit oordeel van het HvJ EU op het eerste gezicht behoorlijk ver lijkt te gaan nu het erop neerkomt dat een eigenaar van bepaalde grond waarop een theater moet worden gebouwd, niet zelf mag beslissen met welke ondernemer hij contracten sluit voor de verwezenlijking daarvan. Daarbij is het niet hoeven betalen van de exploitatiekosten, omdat de grondeigenaar kiest voor uitvoering in eigen beheer en daarbij verplichtingen op zich neemt, zelfs aangemerkt als voldoende voor het bestaan van een tegenprestatie; daarover hierna meer.

Dit op het eerste gezicht verstrekkende oordeel, moet echter worden geplaatst tegen de achtergrond van de doelstellingen van de aanbestedingsrichtlijnen — iets wat het HvJ EU in deze zaak ook meermaals benadrukt.<sup>549</sup> Wanneer namelijk een dergelijke situatie niet onder de richtlijnen zou vallen, bestaat het risico dat de aanbe-

545. *Scala*, r.o. 32. Overigens speelt hier ook specifieke Italiaanse regelgeving rondom zelfrealisatie/realisatie in eigen beheer onder voorwaarden; voor de strekking van deze paragraaf voert het te ver om daar dieper op in te gaan, zie daarvoor *Scala*, r.o. 16 e.v.; zie ook: Bregman, *BR* 2002, p. 10 e.v.

546. *Scala*, r.o. 32. Overigens rijpen later nieuwe ideeën bij het nieuwe gemeentebestuur van Milaan en worden nog wat aanvullende afspraken gemaakt, zie *Scala*, r.o. 34.

547. *Scala*, r.o. 67. Zie ook *Scala*, r.o. 77 waarin het Hof opmerkt dat het bij een overheidsopdracht gaat om een prestatie 'waarover die instantie [de aanbestedende dienst] zal kunnen beschikken'.

548. HvJ EU 25 maart 2010, C-451/08, ECLI:EU:C:2010:168 (*Helmut Müller*).

549. Zie bijvoorbeeld ook *Scala*, r.o. 75, 99-100.

stedingsrichtlijnen hun nuttig effect verliezen op het moment dat de overheid de grond waarop zij een bepaald werk verwezenlijkt wil zien, vrijelijk verkoopt, en vervolgens wel de kaders stelt en verplicht tot het bouwen en ter beschikking stellen van het werk. Op dat moment zullen dan ook andere potentieel geïnteresseerden voor het uitvoeren van deze werken worden benadeeld als zij vanwege de grondverkoop aan een particuliere eigenaar niet kunnen meedingen naar deze opdracht.<sup>550</sup>

Het Hof hanteert derhalve in deze zaak bij het bepalen of sprake is van een overheidsopdracht een teleologische interpretatie en kijkt naar het doel en het nuttig effect van de aanbestedingsrichtlijnen.

Het rechtstreeks economisch belang-criterium wordt duidelijker uitgelegd door het HvJ EU in het *Helmut Müller*-arrest uit 2010.<sup>551</sup> In dit arrest haalt het Hof ter ondersteuning van zijn overwegingen naast *Scala*, echter ook het *Auroux/Roanne*-arrest aan, dit zal dan ook eerst kort worden besproken. Dit arrest zal hierna ook nog van belang zijn voor de invulling van het laatste jurisprudentiële sub-criterium: de tegenprestatie.

De gebiedsontwikkeling in *Auroux/Roanne* betreft de aanleg van een recreatiepark, in het kader waarvan de Franse gemeente Roanne en SEDL (een publiek-private instelling) een overeenkomst hebben gesloten.<sup>552</sup> Met dit project wilde de gemeente Roanne een desolaat stadsgedeelte nieuw leven inblazen en recreatie- en toeristische activiteiten stimuleren. Onderdeel van de overeenkomst is ook de bouw van een multiplexbioscoop, bedrijfsruimten die aan derden worden verkocht, de verwezenlijking van bouwwerken die aan de aanbestedende dienst zouden worden overgedragen, bedrijfs- of dienst ruimten en een hotel. SEDL krijgt de verantwoordelijkheid – zonder dat een aanbestedingsprocedure is gevolgd – om alle activiteiten die daarvoor nodig zijn uit te voeren.<sup>553</sup> Daarbij kan SEDL ervoor kiezen om werken door derden te laten uitvoeren. Wat de kosten betreft zou zowel de stad bijdragen (in ruil voor de overdracht van het parkeerterrein), zou SEDL naar verwachting een bedrag ontvangen uit de verkoop van voor derden bestemde werken, en zou de gemeente Roanne een gedeelte bijdragen.<sup>554</sup> Houdt SEDL aan het einde van de overeenkomst geld over, dan moet zij dat bedrag afdragen aan de gemeente. Daarnaast zou de gemeente automatisch eigenaar worden van alle voor derden bestemde maar nog niet verkochte grond en bouwwerken. De gemeente Roanne moest daarnaast ook de uitvoering van de lopende overeenkomsten verzekeren en de door SEDL aangegane schulden overnemen.<sup>555</sup>

550. Zie bijvoorbeeld *Scala*, r.o. 75.

551. HvJ EU 25 maart 2010, C-451/08, ECLI:EU:C:2010:168 (*Helmut Müller*).

552. Zie HvJ EU 18 januari 2007, C-220/05, ECLI:EU:C:2007:31 (*Auroux/Roanne*), r.o. 12 e.v.; zie over de betekenis van dit arrest en het hierna te bespreken *Helmut Müller*-arrest ook: Essers, *BR* 2007/84 2007; Boot & Wuijster, *TBR* 2008/26; Bregman, *TBR* 2008/211; zie daarnaast ook: 't Hart & Albers, *NtEr* 2010; Kuypers & Simon, *BR* 2010.

553. Zie *Auroux/Roanne*, r.o. 15. Het gaat daarbij niet alleen om het bouwen van de genoemde werken, maar ook bijvoorbeeld om het aankopen van grond, doen of laten verrichten van studies of het bijeenbrengen van kapitaal.

554. *Auroux/Roanne*, r.o. 17.

555. *Auroux/Roanne*, r.o. 18.

Ook in een dergelijke situatie, waarin deze overeenkomst volgens het Franse recht betrekking had op een publiekrechtelijke overeenkomst van ruimtelijke ordening, en dus niet uitsluitend betrekking had op het uitvoeren van de werken,<sup>556</sup> en waarbij de gemeente Roanne daarnaast dus geen (volledige) eigenaar van de werken zou worden, kan verwarring ontstaan over het bestaan van een overheidsopdracht: gaat het hier namelijk wel om een opdracht van de gemeente Roanne aan SEDL voor het uitvoeren van werken? Uit dit arrest volgt echter dat ook in dat geval sprake kan zijn van een overheidsopdracht. Zoals het HvJ EU hierna in het arrest *Helmut Müller* bevestigt, is het namelijk voor het bestaan van een overheidsopdracht niet noodzakelijk dat de aanbestedende dienst eigenaar is of wordt van het gehele bouwwerk of een gedeelte daarvan.<sup>557</sup> Het belang van de aanbestedende dienst, dat op grond van *Helmut Müller* dus een rechtstreeks economisch belang moet inhouden, kan namelijk ook volgen uit andere feiten, zoals de economische voordelen die de aanbestedende dienst zal kunnen behalen uit het toekomstige gebruik of de toekomstige overdracht van de werken. Overigens wijst het Hof in deze zaak in antwoord op de tweede vraag namelijk naar de waarde van de opdracht in verband met het bereiken van de drempelbedragen, met name ook op het belang van potentiële inschrijvers uit andere lidstaten die geïnteresseerd kunnen zijn in deze opdracht. De vraag of hier sprake is van een overheidsopdracht moet ook in het perspectief van deze potentiële bidders worden gezien.<sup>558</sup>

3.5.3.3.2 *Rechtstreeks economisch belang ruim uitgelegd: overheid hoeft geen eigenaar te zijn of te worden van de werken, leveringen of diensten*

In het *Helmut Müller*-arrest gaat het HvJ EU in antwoord op vragen van de verwijzende rechter voor het eerst expliciet in op het sub-criterium rechtstreeks economisch belang, en verbindt het dit sub-criterium duidelijk aan de overeenkomst onder bezwarende titel. Daarbij legt het Hof aan de hand van de arresten *Scala* en *Auroux/Roanne* uit waaruit dit belang kan bestaan.

De feiten in het *Helmut Müller*-arrest zijn als volgt.<sup>559</sup> Het *Bundesanstalt für Immobilienaufgaben* wil de Wittekind-kazerne verkopen. De gemeenteraad van Wildeshausen is tegelijkertijd bezig met de herbestemming van de grond waarop deze kazerne staat. Deze situatie leidt ertoe dat de koper uit de bidders gekozen zal worden aan de hand van de plannen die zij met de grond hebben. Onder meer *Helmut Müller* en *GSSI* doen een bod. Uiteindelijk wordt *GSSI* gekozen, aangezien de plannen van deze bieder de aantrekkingskracht van de gemeente zouden vergroten. De gemeenteraad is het eens met deze keuze en besluit dat een procedure voor de opstelling van een met het conceptplan van *GSSI* overeenstemmend bestemmingsplan wordt gestart. De uitgaven voor de plannen en andere maatregelen komen voor risico van de projectontwikkelaar.

Na overdracht van de kazerne aan *GSSI* gaat *Helmut Müller* in beroep. Tijdens de procedure stelt *Helmut Müller* dat er in feite sprake is van een overheidsopdracht in de vorm van een concessie voor werken die aan een aanbestedingsprocedure

556. *Auroux/Roanne*, r.o. 31.

557. *Auroux/Roanne*, r.o. 47; zie verder *Helmut Müller*, r.o. 53.

558. Zie *Auroux/Roanne*, r.o. 48 e.v.

559. HvJ EU 25 maart 2010, C-451/08, ECLI:EU:C:2010:168 (*Helmut Müller*).

had moeten worden onderworpen.<sup>560</sup> De verwijzende (Duitse) rechter legt vervolgens enkele specifieke vragen voor aan het HvJ EU, waaronder de vraag of voor het bestaan van een overheidsopdracht vereist is dat de werken in het rechtstreeks economische belang van de aanbestedende dienst worden verkregen, dan wel of volstaat dat deze werken een bepaalde publieke bestemming vervullen.

De verwijzende rechter wil dus weten – zeer waarschijnlijk na raadpleging van de arresten *Scala* en *Auroux Roanne* en de discussies over de reikwijdte van de overheidsopdracht in gebiedsontwikkelingszaken die daarna plaatsvond in de verschillende lidstaten, en waarin ook de Europese Commissie een rol speelde<sup>561</sup> – wat nu precies vereist is om te kunnen spreken van een prestatie in het belang van de aanbestedende dienst: is daarvan ook sprake als het werk een publieke bestemming gaat vervullen, zoals bijvoorbeeld het geval was bij het theater in het arrest *Scala*, of is er meer vereist en moet de aanbestedende dienst bij de bouw van het werk een rechtstreeks economisch belang hebben? In de eerdere zaken *Scala* en *Auroux/Roanne* heeft het Hof namelijk nog niet expliciet vastgesteld dat er sprake moet zijn van een rechtsreeks economisch belang. In *Helmut Müller* is het antwoord op die vraag belangrijk omdat de publieke bestemming van de werken vast lijkt te staan; het rechtstreeks economisch belang voor de aanbestedende dienst zal echter nog afhangen van het feit of er ook sprake is van een contractueel overeengekomen ‘prestatie’ ten behoeve van de aanbestedende dienst.<sup>562</sup>

Terzijde dient te worden opgemerkt dat in deze situatie twee activiteiten van de overheid moeten worden onderscheiden.<sup>563</sup> Ten eerste de verkoop van de grond aan GSSI, een activiteit die niet is aan te merken als een overheidsopdracht (voor werken), en dus niet onder de aanbestedingsrichtlijnen valt. De tweede activiteit zijn de stedenbouwkundige plannen van de overheid en de verhouding die daardoor tussen de gemeente en GSSI ontstaat. Deze activiteit kan mogelijk wel een overheidsopdracht in de zin van de aanbestedingsrichtlijnen vormen. In dat kader worden in deze zaak, naar aanleiding van de vragen van de verwijzende rechter, door het Hof verschillende criteria van de overheidsopdracht getoetst, met name of sprake is van een overeenkomst onder bezwarende titel. In deze laatste verhouding speelt het sub-criterium van het rechtstreeks economisch belang.

In verband met dit sub-criterium doet het HvJ EU in deze zaak enkele belangrijke overwegingen, die laten zien wanneer een bepaalde activiteit als een prestatie in het kader van een overeenkomst onder bezwarende titel moet worden aangemerkt, en er dus sprake kan zijn van een overheidsopdracht – mits ook aan de andere criteria is voldaan.

Het Hof overweegt allereerst dat het bij een overeenkomst onder bezwarende titel gaat om een prestatie voor een tegenprestatie, waarbij de prestatie bestaat uit de uitvoering van de werken ‘waarover de aanbestedende dienst beoogt te beschikken’.<sup>564</sup> Het Hof overweegt vervolgens dat een dergelijke prestatie wegens de aard

560. Zie daarover *Helmut Müller*, r.o. 24 e.v.

561. Zo is de vraag naar de reikwijdte van de arresten ook in de Nederlandse literatuur terug te zien, zie o.a.: 't Hart & Albers, *NtEr* 2010; zie daarover ook Kuypers & Simon, *BR* 2010.

562. Zie o.a. *Helmut Müller*, r.o. 57.

563. *Helmut Müller*, r.o. 41-44.

564. *Helmut Müller*, r.o. 47-48.

ervan, alsook de systematiek en doelstellingen van de aanbestedingsrichtlijn – hier Richtlijn 2004/18/EG – voor de aanbestedende dienst een rechtstreeks economisch belang moet inhouden.<sup>565</sup> Terzijde zij opgemerkt dat het Hof bij het introduceren van dit sub-criterium van een rechtstreeks economisch belang een teleologische en systematische interpretatiemethode hanteert: het kijkt zowel naar de doelstellingen als de systematiek waarin de aanbestedingsrichtlijnen zich bevinden. Vervolgens gaat het Hof dit aan de hand van voorbeelden verduidelijken. Daarbij wijst het er eerst op dat dit rechtstreeks economisch belang vaststaat als de aanbestedende dienst eigenaar wordt van de werken.<sup>566</sup> Net als in de voorgaande zaken *Scala* en *Auroux/Roanne* is dat echter in *Helmut Müller* niet het geval – de Wittekind-kazerne wordt immers verkocht.

Het Hof vervolgt dat een dergelijk economisch belang ook kan worden vastgesteld wanneer is bepaald dat de aanbestedende dienst ‘krachtens een rechtstitel over de in het kader van de opdracht uit te voeren werken zal kunnen beschikken met het oog op hun openbare bestemming’.<sup>567</sup> Hier verwijst het HvJ EU naar het *Scala*-arrest; zoals besproken was in dit arrest deze situatie aan de orde. Vervolgens somt het Hof op dat het economisch belang daarnaast ook kan liggen in de ‘economische voordelen die de aanbestedende dienst zal kunnen behalen uit het toekomstige gebruik of de toekomstige overdracht van het werk, uit het feit dat hij financieel aan de verwezenlijking van het werk heeft deelgenomen of in de risico’s die hij loopt bij economische mislukking van het werk’.<sup>568</sup> Hier verwijst het Hof naar het arrest *Auroux/Roanne*; hiervan was in deze zaak namelijk sprake. Het vat ten slotte samen dat een overheidsopdracht in de zin van de aanbestedingsrichtlijnen dus vereist ‘dat de in het kader van de opdracht uit te voeren werken in het rechtstreeks economisch belang van de aanbestedende dienst worden uitgevoerd zonder dat de prestatie evenwel noodzakelijkerwijze bestaat in de verkrijging van een materieel of fysiek voorwerp’.<sup>569</sup>

Daarbij is van belang dat het HvJ EU in dit kader ook wijst op het verschil tussen een overheidsopdracht en een vergunning. In dit arrest rijst namelijk de vraag of aan het rechtstreeks economisch belang is voldaan wanneer de geplande werken een openbaar doel van algemeen belang dienen, waarvoor de aanbestedende dienst moet zorgen, zoals de stedenbouwkundige ontwikkeling of coherentie van een wijk.<sup>570</sup>

Het Hof legt uit dat de uitoefening van regulerende bevoegdheden, zoals een voorafgaande vergunning van een stedenbouwkundige dienst om te beoordelen of de uitvoering van de bouwwerken strookt met het algemeen belang, niet volstaat om te spreken van een rechtstreeks economisch belang.<sup>571</sup> Wanneer echter sprake is van het ontvangen van een contractuele tegenprestatie en het voldoen aan een rechtstreeks economisch belang van de aanbestedende dienst (de wederkerige relatie

565. *Helmut Müller*, r.o. 49.

566. *Helmut Müller*, r.o. 50.

567. *Helmut Müller*, r.o. 51; zie *Scala*, r.o. 67, 71, 77.

568. *Helmut Müller*, r.o. 52; *Auroux/Roanne*, r.o. 13, 17, 18, 45.

569. *Helmut Müller*, r.o. 54 en 58.

570. *Helmut Müller*, r.o. 55.

571. *Helmut Müller*, r.o. 56-58.

du), dan kan volgens het HvJ EU niet meer worden gesproken van het uitoefenen van ‘gewone’ regulerende bevoegdheden.<sup>572</sup>

Met Kuypers en Simon kan worden gezegd dat het HvJ EU hier indirect een voorbeeld geeft van een situatie waarin geen sprake is van een rechtstreeks economisch belang, namelijk wanneer overheden ‘gewoon’ gebruik maken van hun regulerende bevoegdheden.<sup>573</sup> Overigens moet daarbij alvast worden opgemerkt dat het Hof in deze zaak uiteindelijk tot de conclusie komt dat geen sprake is van een overheidsopdracht waarop de aanbestedingsrichtlijn van toepassing is.<sup>574</sup> Volgens het Hof zijn de gemeente en GSSI namelijk (nog) geen juridisch bindende verbintenissen aangegaan. In dat verband geldt dat ook het rechtstreeks economisch belang-criterium in dat geval (nog) niet zal zijn vervuld: er is immers nog geen prestatie overengekomen.

Uit deze arresten volgt dat het voor een overheidsopdracht vereist is dat sprake is van een rechtstreeks economisch belang. Een overeenkomst onder bezwarende titel impliceert dat de overheid of andere aanbestedende dienst een rechtstreeks economisch belang heeft bij het uitvoeren van de activiteit, in *Scala* bijvoorbeeld bij het bouwen van het theater, in *Helmut Müller* bij het uitvoeren van het goedgekeurde plan. Dit blijkt bijvoorbeeld uit het feit dat de overheid eigenaar wordt van de werken, maar kan dus ook blijken uit het feit dat de overheid krachtens rechtstitel over de werken kan beschikken of als zij meedeelt in economische successen of mislukkingen van het project. Is daarentegen geen sprake van een rechtstreeks (economisch) belang van de aanbestedende dienst bij het werk, dan zal geen sprake zijn van een overeenkomst onder bezwarende titel en dus van een overheidsopdracht. Uit deze arresten volgt echter ook dat rechtsinstrumenten zoals de vergunning, maar ook activiteiten als verkoop en het aangaan van huurovereenkomsten, kunnen omvormen tot een aanbestedingsplichtige overheidsopdracht als aan bepaalde voorwaarden is voldaan.<sup>575</sup> Dergelijke instrumenten kunnen namelijk kenmerken gaan vertonen van een overheidsopdracht, onder meer als een rechtstreeks economisch belang bij de prestatie ontstaat en contractuele verplichtingen worden aangegaan.

Hierna komt de zaak *Helmut Müller* ook nog aan de orde in het kader van het tweede sub-criterium, als het Hof in deze zaak ook expliciet ingaat op de afdwingbare uitvoeringsverplichting in het kader van de overeenkomst onder bezwarende titel.

### 3.5.3.3.3 Rechtstreeks economisch belang-criterium snel vervuld bij financiële belangen bij de prestatie

Het rechtstreeks economisch belang als sub-criterium van de overeenkomst onder bezwarende titel is ook in latere arresten bevestigd, in de zaken *Remondis I* (2016) en *Stadt Köln* (2020).<sup>576</sup> Deze arresten betreffen inbestedingszaken waarbij een andere aanbestedende dienst is betrokken, een publieke samenwerking dus: ook bij

572. *Helmut Müller*, r.o. 57.

573. Kuypers & Simon, *BR* 2010, p. 571 e.v.

574. *Helmut Müller*, r.o. 81 e.v.

575. Zie hierover ook o.a.: Drahmman 2015, p. 134 e.v. Gelderman & Vermeulen, *TBR* 2019/64.

576. HvJ EU 21 december 2016, C-51/15, ECLI:EU:C:2016:985 (*Remondis I*); HvJ EU 28 mei 2020, C-796/18, ECLI:EU:C:2020:395 (*Stadt Köln*).

opdrachten aan een andere aanbestedende dienst, gelden in beginsel dezelfde criteria om te spreken van een overheidsopdracht. Hierbij is echter daarnaast van belang of sprake is van een inbestedingsuitzondering. Binnen bepaalde grenzen kunnen aanbestedende diensten opdrachten rechtstreeks aan elkaar gunnen. De belangrijkste scheidslijn tussen inbesteden en aanbesteden, wordt in dit boek echter niet besproken.<sup>577</sup> Hier is van belang dat ook in deze arresten het rechtstreeks economisch belang verder wordt uitgelegd en bevestigd.

Het HvJ EU overweegt in de zaak *Remondis I*, dat de overeenkomst onder bezwarende titel inhoudt ‘dat de aanbestedende dienst die een overheidsopdracht plaatst, op grond daarvan, in ruil voor een tegenprestatie, een prestatie krijgt die een rechtstreeks economisch belang moet hebben voor deze aanbestedende dienst’.<sup>578</sup> In deze zaak sluiten twee territoriale lichamen een akkoord op basis waarvan zij statutair beslissen een doelcorporatie op te richten in de vorm van een publiekrechtelijke rechtspersoon, en waarbij aan deze nieuwe overheidsinstantie bepaalde bevoegdheden worden toegekend waarover de contractsluitende partijen voorheen zelf beschikten. Hier oordeelt het Hof dat geen sprake is van een overheidsopdracht.<sup>579</sup> Onder meer is dat volgens het Hof niet het geval, nu een rechtstreeks economisch belang bij dit akkoord ontbreekt.

Het Hof oordeelt dat – los van de omstandigheid dat een beslissing over de toewijzing van openbare bevoegdheden geen economische transactie vormt – ook het feit zelf dat een overheidsinstantie wordt ontheven van een bevoegdheid die zij voorheen had, betekent dat deze instantie elk economisch belang verliest bij het verrichten van de taken die overeenkomen met deze bevoegdheid.<sup>580</sup>

Het belang van het sub-criterium rechtstreeks economisch belang wordt bevestigd in de zaak *Stadt Köln*.<sup>581</sup> Deze zaak is ook van belang voor de twee andere sub-criteria van de overeenkomst onder bezwarende titel die hierna nog worden besproken: de afdwingbare uitvoeringsverplichting en de tegenprestatie. Interessant is dat in deze zaak, in tegenstelling tot de hierboven genoemde zaken, het geschil niet gaat om de uitvoering van werken maar om twee overheden die onderling overeenkomsten hebben gesloten voor het gebruik van bepaalde software.

De feiten in deze zaak zijn als volgt.<sup>582</sup> De deelstaat Berlijn, die het grootste beroepsbrandweerkorps van Duitsland heeft, maakt voor het beheren van de werkzaamheden van brandweerlieden gebruik van de software ‘IGNIS Plus’. Het gaat daarbij om specifieke software voor het meldkamerbeheer die wordt gebruikt voor het inzetten van de brandweer en het plannen en volgen van de werkzaamheden ervan bij brandbestrijding, technische hulpverlening, noodgevallen en rampenbestrijding.<sup>583</sup> De deelstaat heeft deze software gekocht bij Sopra Steria Consulting GmbH

577. Daarvoor verwijs ik naar Janssen 2018 die dit uitgebreid heeft besproken. Zie voor een voorbeeld ook Manunza & Bouwman 2015<sup>b</sup>.

578. HvJ EU 21 december 2016, C-51/15, ECLI:EU:C:2016:985 (*Remondis I*), r.o. 43. Zie over dit arrest ook: Janssen 2018, p. 100.

579. *Remondis I*, r.o. 35 e.v.

580. *Remondis I*, r.o. 44.

581. HvJ EU 28 mei 2020, C-796/18, ECLI:EU:C:2020:395 (*Stadt Köln*).

582. *Stadt Köln*, r.o. 11 e.v.

583. *Stadt Köln*, r.o. 13.



(hierna: Sopra). In de overeenkomst met Sopra is onder meer neergelegd dat Berlijn deze software kosteloos mag doorgeven aan andere overheidsinstanties met veiligheidstaken.

Deze kosteloze doorgifte van software tussen publiekrechtelijke lichamen is in Duitsland wettelijk neergelegd. Daarbij is bepaald dat dit niet moet worden beschouwd als een opdracht die moet worden aanbesteed. Uit het beginsel van algemene wederkerigheid zou namelijk volgen dat overheidsinstanties softwareontwikkelingen, die zij niet mogen verhandelen, kosteloos aan elkaar kunnen doorgeven, aangezien zij niet met elkaar concurreren.

Op grond van die besluiten hebben de stad Keulen en de deelstaat Berlijn vervolgens een tweetal overeenkomsten gesloten: een terbeschikkingstellingsovereenkomst en een samenwerkingsovereenkomst. De eerste betreft de kosteloze langdurige terbeschikkingstelling van de software 'IGNIS Plus'. In deze terbeschikkingstellingsovereenkomst is onder andere ten aanzien van de aard en omvang van de prestaties opgenomen dat de ter beschikking stellende partij de ontvanger de *gecustomized* software IGNIS Plus ter beschikking stelt, in overeenstemming met wat is overeengekomen in de samenwerkingsovereenkomst.

Ten aanzien van de vergoeding voor de terbeschikkingstelling is overeengekomen dat de software kosteloos ter beschikking wordt gesteld. Dit element bespreek ik hierna diepgaander in het kader van het sub-criterium (en onderdeel van de overeenkomst onder bezwarende titel) de tegenprestatie in paragraaf 3.5.3.5.

Met de samenwerkingsovereenkomst is vervolgens tussen de deelstaat Berlijn en de stad Keulen overeengekomen dat zij een gelijkwaardig partnerschap aan zullen gaan, waarbij zij over en weer aanvullende en uitbreidende technische modules kosteloos aan de samenwerkingspartners zullen aanbieden. Er wordt dus geregeld dat zij onderling kosteloos gebruik kunnen maken van de update van de software van de ander. De aanpassing van de basissoftware en de modules aan eigen processen dient daarbij zelfstandig in opdracht te worden gegeven en gefinancierd.

Het bedrijf, ISE dat soortelijke software ontwikkelt en verkoopt, dient vervolgens bij de Duitse rechter een verzoek in om de terbeschikkingstellingsovereenkomst en de samenwerkingsovereenkomst nietig te verklaren wegens de niet-naleving van de regels inzake overheidsopdrachten.<sup>584</sup>

De verwijzende rechter stelt daarop een drietal prejudiciële vragen, waaronder de vraag of hier sprake is van een overheidsopdracht tussen de deelstaat Berlijn en de stad Keulen.<sup>585</sup> Daarbij is ook van belang dat hier sprake is van twee aanbestedende diensten, waarbij dus ook wordt bezien of deze opdracht van de werkingssfeer van de aanbestedingsrichtlijnen is uitgezonderd op grond van art. 12 Richtlijn 2014/24/EU over publieke samenwerking. Dit wordt hier verder buiten beschouwing gelaten.

Van belang is dat het HvJ EU in antwoord op de vraag of hier sprake is van een overheidsopdracht, eerdere rechtspraak aanhaalt en herhaalt dat een verrichting die uit verschillende handelingen bestaat in haar geheel moet worden beschouwd

584. *Stadt Köln*, r.o. 16.

585. *Stadt Köln*, r.o. 27.

en dat daarbij rekening moet worden gehouden met het doel ervan.<sup>586</sup> Het gaat in deze zaak immers niet om een duidelijke opdrachtgever-opdrachtnemerrelatie, maar om verschillende handelingen bestaande uit een langdurige kosteloze beschikbaarstelling van software, waarbij in de loop van de tijd over en weer gebruik kan worden gemaakt van een uitbreiding of aanvulling van de software. Vervolgens herhaalt het Hof ten aanzien van de overeenkomst onder bezwarende titel dat deze inhoudt 'dat de aanbestedende dienst die een overheidsopdracht plaatst, op grond daarvan, in ruil voor een tegenprestatie, een prestatie ontvangt die een rechtstreeks economisch belang heeft voor deze aanbestedende dienst'.<sup>587</sup>

In deze zaak oordeelt het HvJ EU dat wel sprake is van een rechtstreeks economisch belang. Dit baseert het Hof onder meer op het feit dat in de samenwerkingsovereenkomst was overeengekomen dat de aanpassing van de basissoftware aan de eigen processen zelfstandig in opdracht moet worden gegeven en gefinancierd. Daaruit blijkt volgens het Hof dat de deelstaat Berlijn financieel belang heeft bij de kosteloze terbeschikkingstelling van de software.<sup>588</sup> Ook overweegt het HvJ EU dat de software weliswaar kosteloos, maar niet belangeloos ter beschikking lijkt te zijn gesteld.<sup>589</sup> Er ligt immers een contract aan ten grondslag, waarin de deelstaat Berlijn aan de terbeschikkingstelling voorwaarden heeft verbonden. Ten slotte ziet het Hof voor zijn benadering ondersteuning in het feit dat de stad Keulen heeft erkend dat een dergelijke overeenkomst alle partijen in staat moet stellen kosten te besparen.<sup>590</sup> Een rechtstreeks economisch belang bij de prestatie lijkt dus op grond van dit arrest snel te kunnen worden aangenomen, zodra de aanbestedende dienst financiële belangen heeft bij het verkrijgen van de prestatie.

Het HvJ EU komt in dit arrest uiteindelijk tot de conclusie, evenwel 'onder voorbehoud van verificatie door de verwijzende rechter', dat sprake is van wederkerige overeenkomsten, en dus van een overeenkomst onder bezwarende titel en van een overheidsopdracht.<sup>591</sup> Daarbij zijn ook de twee andere sub-criteria en onderdelen van de overeenkomst onder bezwarende titel – de afdwingbare uitvoeringsverplichting en de (ruime uitleg van de) tegenprestatie, die hierna in de paragrafen 3.5.3.4 en 3.5.3.5 nog aan de orde zullen komen van belang.

Ten slotte is interessant te vermelden dat de A-G Mengozzi in zijn conclusie bij de zaak *Helmut Müller* in plaats van het begrip rechtstreeks economisch belang, het bredere begrip 'solide rechtstreeks verband' voorstelt, ter afbakening van de reikwijdte van de overheidsopdracht.<sup>592</sup> Hierbij ligt de nadruk op het rechtstreekse belang, dat niet zozeer economisch hoeft te zijn. Het HvJ EU heeft echter het begrip

586. Zie daarover: HvJ EG 10 november 2005, C-29/04, ECLI:EU:C:2005:670 (*Commissie/Oostenrijk*), r.o. 41; HvJ EU 21 december 2016, C-51/15, ECLI:EU:C:2016:985 (*Remondis I*), r.o. 37.

587. *Stadt Köln*, r.o. 40; zie ook: *Helmut Müller*, r.o. 47 en *Remondis I*, r.o. 43.

588. *Stadt Köln*, r.o. 48.

589. *Stadt Köln*, r.o. 46.

590. *Stadt Köln*, r.o. 48.

591. *Stadt Köln*, r.o. 50. Daarbij zij opgemerkt dat in de voorgaande overwegingen het Hof wel voorzichtig is deze wederkerigheid vast te stellen, als het regelmatig stelt dat aan de eisen 'lijkt' te zijn voldaan. Het HvJ EU laat de verificatie dan ook over aan de verwijzende rechter van de betreffende lidstaat.

592. Conclusie A-G Mengozzi bij *Helmut Müller*, 17 november 2009, ECLI:EU:C:2009:710; zie hierover ook: *Kuyper & Simon*, BR 2010.

rechtstreeks economisch belang overgenomen uit de Duitse wetgeving,<sup>593</sup> wat precies de reden daarvoor is geweest blijft onvermeld. Uit *Remondis I* kan daarover worden afgeleid dat het bij een overheidsopdracht altijd om een economische transactie gaat. De overheidsopdracht veronderstelt daarom een rechtstreeks economisch belang. De reden hiervoor kan daarnaast worden gevonden in het feit dat belangen al snel als economisch kunnen worden aangemerkt. Dit geldt bijvoorbeeld ook voor sociale diensten. Gemeenten die sociale diensten organiseren zijn immers ook (financieel) verantwoordelijk en dragen risico's met betrekking tot de uitvoering daarvan. Dit maakt dat ook bij het organiseren van sociale diensten snel aan dit sub-criterium zal zijn voldaan. Over het belang van dit sub-criterium voor de scheidslijnen tussen de overheidsopdracht en de subsidie/vergunning meer in hoofdstuk 4, paragraaf 4.3.2.

#### 3.5.3.4 *Jurisprudentieel sub-criterium II: afdwingbare uitvoeringsverplichting*

Het tweede jurisprudentiële sub-criterium van de overeenkomst onder bezwarende titel is de afdwingbare uitvoeringsverplichting. Dit sub-criterium komt slechts in een tweetal arresten expliciet naar voren – waarschijnlijk omdat dit sub-criterium bij contracten – waarvan in de meeste situaties sprake is – niet vaak ter discussie staat. Het HvJ EU geeft hierover allereerst duidelijkheid in het reeds besproken arrest *Helmut Müller* uit 2010, en wel in antwoord op de vraag van de verwijzende rechter. Daarnaast komt dit sub-criterium ook duidelijk naar voren in het hiervoor besproken arrest *Stadt Köln* uit 2020. Voor de feiten van deze arresten verwijs ik naar de vorige paragraaf. Overigens is dit sub-criterium ook in andere arresten, die hierna uitgebreid worden besproken in verband met sub-criterium van de tegenprestatie, impliciet terug te zien als wordt gesproken van een opdrachtnemer die zich *verbindt* tot het uitvoeren van de overeengekomen prestatie.<sup>594</sup> Dit sub-criterium van de afdwingbare uitvoeringsverplichting zal in hoofdstuk 4 van groot belang blijken om de overheidsopdracht van de subsidie en de vergunning te onderscheiden.

Allereerst het *Helmut Müller*-arrest. Hierin is het sub-criterium, de afdwingbare uitvoeringsverplichting, als onderdeel van een overeenkomst onder bezwarende titel voor het eerst expliciet gemaakt. De verwijzende rechter in *Helmut Müller* vraagt zich in die zaak namelijk af of het begrip overheidsopdracht (voor werken) in de zin van de aanbestedingsrichtlijn, vereist dat de ondernemer zich direct of indirect verbindt tot de uitvoering van de betrokken werken en of het dan moet gaan om een verbintenis die bij de rechter kan worden afdwongen.<sup>595</sup> Hierop antwoordt het Hof bevestigend: het begrip overeenkomst onder bezwarende titel gaat er volgens het Hof namelijk van uit dat de ondernemer zich voor een tegenprestatie *verbindt* tot de bij overeenkomst omschreven prestatie.<sup>596</sup> Bij het afsluiten van een overheids-

593. Dit begrip was opgenomen in een wetsontwerp om de definitie van het begrip overheidsopdracht voor werken te preciseren, zie daarover in *Helmut Müller*, r.o. 30.

594. Zie o.a.: HvJ EU 19 december 2012, C-159/11, ECLI:EU:C:2012:817 (*ASL Lecce*), r.o. 29; HvJ EU 13 juni 2013, C-386/11, ECLI:EU:C:2013:385 (*Piepenbrock*), r.o. 26-27; HvJ EU 18 oktober 2018, C-606/17, ECLI:EU:C:2018:843 (*IBA Molecular Italy*), r.o. 31.

595. *Helmut Müller*, r.o. 33 en herformulering in: r.o. 59.

596. *Helmut Müller*, r.o. 60.

opdracht voor werken verbindt de ondernemer zich er dus toe de betrokken werken uit te voeren of te laten uitvoeren. Omdat de uit de opdracht voortvloeiende verbintenissen juridisch bindend zijn, moet de uitvoering ervan daarbij in rechte kunnen worden gevorderd, aldus het HvJ EU.<sup>597</sup> Daaruit volgt dan ook dat aan een overeenkomst onder bezwarende titel onlosmakelijk is verbonden dat sprake is van een afdwingbare uitvoeringsverplichting. Dat is namelijk inherent aan het overeenkomst-karakter van de overheidsopdracht. Andersom geldt daarbij dat de vervulling van dit sub-criterium kan leiden tot de conclusie dat sprake is van een overeenkomst onder bezwarende titel, en dat dan vervolgens aan alle criteria van een overheidsopdracht kan zijn voldaan.

Ook in de zaak *Stadt Köln* komt dit sub-criterium van de overheidsopdracht aan de orde; een zaak waarin het gaat om de vraag of een overeenkomst gesloten tussen twee overheidsinstanties moet worden aangemerkt als een overheidsopdracht. Ten aanzien daarvan overweegt het Hof in deze zaak dat ‘wanneer een van de partijen bij het in het hoofdgeding aan de orde zijnde geheel aan overeenkomsten wijzigingen aanbrengt in de betrokken software en deze niet zou bezorgen aan de andere partij, die laatste de samenwerkingsovereenkomst of in voorkomend geval de terbeschikkingstellingsovereenkomst *lijkt* te kunnen ontbinden, of zich tot een rechter te kunnen wenden om aanspraak te maken op de aldus aangebrachte aanpassing (*cursoring auteur*)’.<sup>598</sup> Het Hof vat dan samen dat de verplichtingen die voortvloeien uit de overeenkomst in dit arrest dus juridisch bindend *lijken* te zijn nu de uitvoering ervan door de rechter kan worden afdwongen. Dit is volgens het Hof dus een vereiste van de overheidsopdracht die aanwezig moet zijn, ook bij overeenkomsten tussen overheden. Met andere woorden lijkt hieruit de conclusie te moeten worden getrokken dat wanneer een overeenkomst tussen bijvoorbeeld twee ministeries niet voor de rechter kan worden afdwongen, er geen sprake is van een overheidsopdracht. Hier kunnen nog wel enige vragen bij worden gesteld, omdat dit de reikwijdte van het begrip overheidsopdracht bij opdrachten tussen overheden wel behoorlijk kan beperken.<sup>599</sup>

In verband met de organisatie van sociale diensten is daarbij van belang alvast op te merken dat gemeenten een wettelijke plicht hebben — op grond van de Jeugdwet en Wmo 2015 — om deze diensten te organiseren. Dit zal tot gevolg kunnen hebben dat het opleggen van een afdwingbare uitvoeringsverplichting aan zorgaanbieders al snel nodig wordt geacht om de uitvoering van een taak zeker te stellen. Welke belangrijke rol dit speelt bij de scheidslijn tussen de overheidsopdracht en de subsidie/vergunning wordt nader besproken in paragraaf 4.3.3. De vervulling van dit sub-criterium van de overeenkomst onder bezwarende titel leidt er bij het organiseren van sociale diensten namelijk snel toe dat sprake is van een overheidsopdracht, en in dat geval zal dus niet voor een subsidie kunnen worden gekozen.

597. *Helmut Müller*, r.o. 62.

598. *Stadt Köln*, r.o. 49.

599. Zie voor een voorbeeld hiervan het onderzoek van Manunza & Janssen 2015.

### 3.5.3.5 Jurisprudentieel sub-criterium III: de ruime uitleg van de tegenprestatie

Een overeenkomst onder bezwarende titel houdt ten slotte ook in dat er een tegenprestatie wordt geleverd, het derde jurisprudentiële sub-criterium. Zo kan deze tegenprestatie bijvoorbeeld voor sociale diensten erin bestaan dat er voor het verrichten van de ‘prestatie’, het verlenen van huishoudelijke hulp, door de gemeente aan de zorgaanbieder een bepaald tarief per uur wordt uitbetaald.

Voor de vraag wanneer precies aan dit sub-criterium van de overeenkomst onder bezwarende titel is voldaan, is van belang dat de tegenprestatie door het HvJ EU in diverse arresten ruim wordt uitgelegd; deze arresten zullen hieronder worden besproken. Daaruit volgt dat niet alleen een betaling voor geleverde diensten daaronder valt, maar elk economisch voordeel en ook een (gedeeltelijk) kostendekkende vergoeding in beginsel als een tegenprestatie moet worden aangemerkt.<sup>600</sup>

In hoofdstuk 4 zal dit wederom van groot belang blijken om de overheidsopdracht te onderscheiden van met name het instrument van de subsidie (paragraaf 4.3.4).

#### 3.5.3.5.1 Tegenprestatie hoeft geen betaling voor geleverde diensten te betreffen

In de hiervoor besproken arresten *Scala* (2001) en *Auroux/Roanne* (2007) zijn reeds de eerste contouren van de ruime uitleg van de tegenprestatie, als onderdeel van de overeenkomst onder bezwarende titel, terug te zien. In het *Scala*-arrest overwoog het HvJ EU namelijk onder meer dat het vereffenen van de verplichte exploitatiekosten – in feite een bijdrage in de (exploitatie)kosten – voldoende kan zijn voor het bestaan van de tegenprestatie.<sup>601</sup> Het Hof benadrukt dat deze uitlegging aansluit bij het doel van de richtlijn en het nuttig effect daarvan verzekert; hiervoor is reeds opgemerkt dat het HvJ EU een teleologische interpretatiemethode hanteert.<sup>602</sup> Ook uit *Auroux/Roanne* volgt dat een tegenprestatie niet noodzakelijkerwijs hoeft te zien op een betaling voor geleverde werken of diensten. In dit arrest kreeg de opdrachtnemer SEDL als tegenprestatie voor de overdracht van het parkeerterrein een som geld van de gemeente Roanne. Daarnaast bestond de tegenprestatie erin dat de gemeente een gedeelte van de kosten van alle uit te voeren bouwwerken voor haar rekening nam en SEDL, op basis van de overeenkomst als tegenprestatie voor de overdracht van verwezenlijkte bouwwerken, van derden inkomsten kon verkrijgen.<sup>603</sup>

Overigens heeft het Hof zich ook in een oudere zaak kort uitgelaten over de invulling van de tegenprestatie, namelijk in de zaak *Commissie/Italië* uit 1994. In deze zaak – die betrekking had op de verlening van een concessie voor het systeem ter automatisering van de Italiaanse lotto, wat met name de levering van een aantal goederen aan de staat omvatte – oordeelt het HvJ EU dat, anders dan de Italiaanse regering betoogde, het irrelevant is dat de ‘prijs’ van die levering bestond uit een jaarlijks uit te keren percentage van de opbrengst van de lotto. Volgens het Hof is voor een tegenprestatie voldoende ‘als deze op abstracte wijze kan worden bepaald’.<sup>604</sup>

600. Zie naar aanleiding van het *IBA Molecular*-arrest ook: Van den Brink & Verboeket, AB 2019/319.

601. *Scala*, r.o. 84.

602. *Scala*, r.o. 85.

603. *Auroux/Roanne*, r.o. 45.

604. HvJ EG 26 april 1994, C-272/91, ECLI:EU:C:1994:167 (*Commissie/Italië*), r.o. 25.

### 3.5.3.5.2 Ook (gedeeltelijke) kostenvergoeding is voldoende tegenprestatie

In het *ASL Lecce*-arrest uit 2012 maakt het HvJ EU voor het eerst duidelijk dat een tegenprestatie (om te kunnen spreken van een overheidsopdracht), ook kan bestaan in het alleen vergoeden van de gemaakte kosten.<sup>605</sup> Het betrof in deze zaak een opdracht voor diensten, namelijk voor het onderzoek en de beoordeling van de aardbevingsgevoeligheid van de ziekenhuisvoorzieningen van de provincie Lecce. Deze opdracht was door ASL di Lecce, de lokale gezondheidsdienst te Lecce, direct gegund aan de Universiteit van Salento.<sup>606</sup> Het Hof overweegt over de tegenprestatie die alleen in het vergoeden van de bij de opdracht behorende kosten bestond (kosten van de technische instrumenten, personeelskosten en algemene kosten):

*‘Een overeenkomst kan, zoals de Advocaat-Generaal in de punten 32 tot 34 van haar conclusie heeft uiteengezet en zoals blijkt uit de normale en gebruikelijke betekenis van de woorden “onder bezwarende titel”, niet buiten het begrip overheidsopdracht vallen op de enkele grond dat de vergoeding ervan beperkt blijft tot de terugbetaling van de kosten die zijn gemaakt om de overeengekomen dienst te verrichten.’<sup>607</sup>*

Onder voorbehoud van het door de verwijzende rechter te verrichten onderzoek, blijkt volgens het Hof in deze zaak met het in vervulling gaan van dit sub-criterium van de overeenkomst onder bezwarende titel ook aan de verdere criteria van de overheidsopdracht te zijn voldaan.<sup>608</sup> Interessant is bovendien dat het Hof in bovengenoemde rechtsoverweging de overwegingen van de A-G aanhaalt.<sup>609</sup> In haar conclusie bij de zaak *ASL Lecce* geeft Advocaat-Generaal Trstenjak namelijk enkele steekhoudende argumenten voor deze ruime uitleg van de tegenprestatie. Een interpretatie die het HvJ EU volgt, en ook in daaropvolgende zaken heeft bevestigd, zie hierna.<sup>610</sup>

### 3.5.3.5.3 Tegenprestatie omvat ‘elk economisch voordeel’

In haar conclusie bij de zaak *ASL Lecce* stelt de A-G vast dat elke vorm van vergoeding die een geldelijke waarde kan vertegenwoordigen voldoende moet zijn voor het bestaan van een tegenprestatie – en dat er dus niet persé winst moet worden behaald. Daarvoor noemt zij enkele belangrijke redenen. Allereerst betoogt zij dat de enkele afwezigheid van winst niet betekent dat de overeenkomst om niet is. Vanuit economisch oogpunt blijft de overeenkomst dan namelijk wel degelijk onder bezwarende titel gesloten, temeer omdat de ontvanger een op geld waardeerbare prestatie ontvangt.<sup>611</sup> Dit sluit dus aan bij de hiervoor reeds genoemde definitie van overeenkomst onder bezwarende titel, als een overeenkomst ‘anders dan om niet’, zoals die ook in het BW wordt aangeduid.<sup>612</sup>

605. HvJ EU 19 december 2012, C-159/11, ECLI:EU:C:2012:817 (*ASL Lecce*).

606. Zie *ASL Lecce*, r.o. 12 e.v.

607. *ASL Lecce*, r.o. 29.

608. *ASL Lecce*, r.o. 30.

609. Zie *ASL Lecce*, r.o. 29, het Hof overweegt hier: ‘Ten derde kan een overeenkomst, zoals de Advocaat-Generaal in de punten 32 tot 34 van haar conclusie heeft uiteengezet (...)’.

610. Zie Conclusie A-G bij *ASL Lecce* van 23 mei 2012, ECLI:EU:C:2012:303, punt 31-33.

611. Conclusie A-G bij *ASL Lecce*, punt 32.

612. Hijma e.a. 2016, p. 12.

Ten tweede kan volgens haar het standpunt worden verdedigd dat enkel met een ruime opvatting van het begrip ‘onder bezwarende titel’ recht wordt gedaan aan het doel van de aanbestedingsrichtlijnen, namelijk het openen van de markten voor daadwerkelijke mededinging. Alleen op deze wijze kan namelijk het nuttig effect van de aanbestedingsrichtlijnen worden gewaarborgd en ontduiking van het aanbestedingsrecht, bijvoorbeeld door het overeenkomen van andere vormen van vergoeding waaruit niet zonder meer een winstoogmerk blijkt, zoals in geval van ruilovereenkomsten of wanneer contractpartijen afzien van de over en weer bestaande rechten, worden verhinderd.<sup>613</sup> Hier wordt dus gewezen op het gevaar dat ontstaat als de tegenprestatie eng wordt opgevat: namelijk ontduiking van het aanbestedingsrecht door op een andere manier te vergoeden dan door een betaling (met eventuele winstmarge). Als voorbeeld zou hier de subsidie kunnen worden genoemd, waarbij alleen een vergoeding van kosten wordt gegeven. Op deze wijze zouden immers veel ‘financiële vergoedingen’ voor het uitvoeren van diensten buiten de werkingsfeer van de aanbestedingsrichtlijn kunnen worden gehouden. In feite vormen dergelijke subsidies echter verkapte overheidsopdrachten – iets wat in de praktijk regelmatig voorkomt.

Interessant is dat A-G Trstenjak vervolgens, in haar derde argument, een parallel trekt met het vrij verkeer van diensten en stelt dat een dergelijke ruime opvatting van het begrip ‘onder bezwarende titel’ ook in lijn is met de ruime definitie die het Hof geeft aan het begrip ‘vergoeding’ voor het vrij verrichten van diensten als bedoeld in artikel 56 VWEU.<sup>614</sup> In dat opzicht beargumenteert Trstenjak dat een ruime uitleg van het begrip, gelet op het feit dat de aanbestedingsrichtlijn blijkens haar rechtsgrondslag tot doel heeft bij te dragen aan de verwezenlijking van de fundamentele vrijheden op de interne markt, ook consequent is. Ze wijst dus op de consistentie en coherentie van de verschillende EU-regulering die op eenzelfde principe geënt zijn.

Het HvJ EU neemt deze redenen mee bij zijn beoordeling. Daarnaast baseert het zijn conclusie vooral op de gebruikelijke betekenis van de woorden ‘onder bezwarende titel’. Het Hof hanteert bij de uitleg en invulling van de tegenprestatie dus allereerst een zuiver grammaticale interpretatiemethode. Daarbij lijkt het Hof ook ondersteuning te vinden in de argumenten van de A-G, waarbij een meer teleologische en/of systematische benadering van de vraag wordt gehanteerd als ook het doel van de richtlijn en de systematiek van de richtlijn als onderdeel van de interne marktregulering in dat verband van belang worden geacht.

Van belang is in elk geval dat uit deze zaak blijkt dat aan het wettelijke criterium van een overeenkomst onder bezwarende titel ook dan kan zijn voldaan, wanneer de presterende partij enkel een kostendeekkende betaling in de vorm van een kostenvergoeding ontvangt.

Al snel na het arrest *ASL Lecce* bevestigt het HvJ EU deze lijn in het arrest *Piepenbrock* uit 2013.<sup>615</sup> In deze zaak is een overeenkomst aan de orde, waarmee een openbaar

613. Conclusie A-G bij *ASL Lecce*, punt 32.

614. Conclusie A-G bij *ASL Lecce*, punt 33.

615. HvJ EU 13 juni 2013, C-386/11, ECLI:EU:C:2013:385 (*Piepenbrock*).

lichaam aan een ander openbaar lichaam de taak toevertrouwt om bepaalde bureau-, bestuurs- en schoolgebouwen te reinigen en dit tweede lichaam voor de uitvoering van deze taak een beroep mag doen op derden, tegen een financiële vergoeding die wordt geacht overeen te stemmen met de kosten die de uitvoering van deze taak veroorzaakt, en waarbij het zich het recht voorbehoudt om de goede uitvoering van deze taak te controleren.<sup>616</sup> Ook hier de vraag aan het HvJ EU of dit een overeenkomst onder bezwarende titel voor de uitvoering van diensten als bedoeld in de aanbestedingsrichtlijn 2004/18 is. In het kader van de tegenprestatie overweegt het HvJ EU onder verwijzing naar het *ASL Lecce*-arrest ‘dat een overeenkomst moet worden geacht te zijn gesloten onder bezwarende titel (...), zelfs indien de vastgestelde vergoeding beperkt is tot de terugbetaling van de kosten die zijn gemaakt om de overeengekomen dienst te verrichten’.<sup>617</sup>

#### 3.5.3.5.4 Vrijwilligersvergoedingen vormen tegenprestatie

Interessant zijn ook de arresten *Spezzino* uit 2014 en *CASTA* uit 2016 die in paragraaf 2.5.3 reeds werden besproken.<sup>618</sup> In deze zaken oordeelt het HvJ EU dat onder de vrijverkeersregels – in het kader van de *rule of reason*-exceptie – een rechtvaardiging kan worden gevonden voor een nationale regeling die de rechtstreekse gunning van opdrachten voor medische vervoersdiensten aan vrijwilligersorganisaties regelt. Het Italiaanse stelsel voor medische vervoersdiensten ging namelijk uit van de beginselen van universaliteit, solidariteit, kostenefficiëntie en geschiktheid en in dat kader beoogde de rechtstreekse gunning aan vrijwilligersorganisaties de begroting in evenwicht te houden. Bovendien maakt (het beginsel van) vrijwilligerswerk duidelijk deel uit van de Italiaanse constitutionele identiteit. In deze zaken wordt echter ook duidelijk bevestigd dat het feit dat deze vrijwilligersorganisaties uitsluitend een terugbetaling van de daadwerkelijk gemaakte kosten verkrijgen, niet relevant is voor de vraag of sprake is van een overheidsopdracht in de zin van de aanbestedingsrichtlijnen. Onder verwijzing naar het arrest *ASL Lecce* herhaalt het Hof namelijk dat een overeenkomst niet buiten het begrip overheidsopdracht kan vallen op de enkele grond dat de vergoeding ervan beperkt blijft tot de terugbetaling van de kosten die zijn gemaakt om de overeengekomen dienst te verrichten.<sup>619</sup> Daarbij is tevens niet van belang of de kosten die door overheidsinstanties aan die organisaties moeten worden vergoed, alleen betrekking hebben op onkosten die rechtstreeks verband houden met het verrichten van de betrokken diensten dan wel tevens op een deel van de algemene kosten. Ook het feit dat deze organisaties geen winstoogmerk hebben, doet niet ter zake. Voor het sociaal domein kan dit relevant zijn aangezien dus ook vergoedingen aan vrijwilligersorganisaties of burgercoöperaties als een tegenprestatie in het kader van een overheidsopdracht moeten worden aangemerkt.<sup>620</sup>

616. Zie o.a. *Piepenbrock*, r.o. 26.

617. *Piepenbrock*, r.o. 31.

618. HvJ EU 11 december 2014, C-113/13, ECLI:EU:C:2014:2440 (*Spezzino*); HvJ EU 28 januari 2016, C-50/14, ECLI:EU:C:2016:56 (*CASTA*). Zie over deze arresten ook: Manunza & Meershoek, *PPLR* 2020; Brown, *PPLR* 2016, p. 72-76; Caranta, *EPPL* 2016.

619. *Spezzino*, r.o. 37; *CASTA*, r.o. 52.

620. Meer hierover in hoofdstuk 8, met name par. 8.4.



### 3.5.3.5.5 Vaste rechtspraak: enig economisch voordeel is voldoende tegenprestatie

Dat de invulling van de tegenprestatie nog altijd een struikelblok blijft in de praktijk, blijkt ook uit het arrest *IBA Molecular Italy* uit 2018.<sup>621</sup> In deze zaak hebben de regio Veneto (Italië) en Sacro Cuore een overeenkomst gesloten, waarbij Sacro Cuore zich ertoe verbindt het geneesmiddel 18-FDG om niet te vervaardigen en te verstrekken aan regionale openbare ziekenhuizen. Deze ziekenhuizen betalen de forfaitaire leveringskosten van € 180 per verzending. Ook kent de regio aan Sacro Cuore een financiering van € 700.000 toe die volledig bedoeld is voor het vervaardigen van dat geneesmiddel.<sup>622</sup> Sacro Cuore krijgt dus rechtstreeks zonder voorafgaande procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht financiering om de geneesmiddelen te vervaardigen en te leveren.<sup>623</sup> Bij het HvJ EU ligt dan de vraag voor of de Unieregeling inzake overheidsopdrachten ook van toepassing is op ‘complexe operaties’ waarmee een aanbestedende dienst aan een bepaalde ondernemer rechtstreeks een doelfinanciering wil toekennen die volledig bedoeld is voor de vervaardiging van producten die, zonder verdere aanbestedingsprocedure, om niet moeten worden geleverd aan meerdere overheidsdiensten, en die geen vergoeding aan de voornoemde leverancier verschuldigd zijn.<sup>624</sup>

Het HvJ EU is hierin heel duidelijk – en dat is niet verwonderlijk gezien de hiervoor genoemde zaken – en begint zijn beoordeling van de zaak direct met de vaststelling dat het geen twijfel lijdt dat hier sprake is van een overeenkomst onder bezwarende titel.<sup>625</sup> In de daaropvolgende overwegingen stelt het Hof vast dat hier sprake is van een uitwisseling van prestaties: een prestatie voor een tegenprestatie. Onder verwijzing naar eerdere jurisprudentie – *ASL Lecce* en *Piepenbrock* – overweegt het Hof dat dit ook geldt ‘zelfs’ voor de situatie dat de vastgestelde vergoeding (de tegenprestatie) beperkt is tot de gedeeltelijke terugbetaling van de kosten die zijn gemaakt om de overeengekomen dienst te verrichten.<sup>626</sup> Het Hof komt tot de conclusie dat sprake is van een overeenkomst onder bezwarende titel: voor het vervaardigen en leveren van een geneesmiddel ontvangt de leverancier van dat geneesmiddel een vergoeding in de vorm van een financiering van € 700.000 van de regio Veneto. In deze zaak verbindt de ondernemer (sub-criterium II) er zich namelijk toe om een product te vervaardigen en te leveren aan meerdere overheidsdiensten in ruil voor een financiering die volledig is bedoeld om dit doel te verwezenlijken, ook al worden de kosten voor het vervaardigen en het leveren van dit product niet volledig gedekt door die financiering of door de leveringskosten die aan die overheidsinstanties kunnen worden aangerekend.<sup>627</sup>

Het sub-criterium van de tegenprestatie speelt ook een belangrijke rol in het hiervoor besproken arrest *Stadt Köln*. In dit arrest, waarin het gaat om een overeenkomst tussen twee overheidsinstanties die zich er onderling toe verbinden software met

621. HvJ EU 18 oktober 2018, C-606/17, ECLI:EU:C:2018:843 (*IBA Molecular Italy*).

622. *IBA Molecular Italy*, r.o. 25.

623. *IBA Molecular Italy*, r.o. 8 en r.o. 11.

624. *IBA Molecular Italy*, r.o. 23 en 24.

625. *IBA Molecular Italy*, r.o. 26.

626. *IBA Molecular Italy*, r.o. 29.

627. *IBA Molecular Italy*, r.o. 30 en 31.

bijhorende updates uit te wisselen, is noch sprake van een betaling noch van een vergoeding voor geleverde diensten, maar komt het HvJ EU toch tot de conclusie dat sprake is van een tegenprestatie die volstaat om te spreken van een overheidsopdracht.

Ter vaststelling daarvan overweegt het HvJ EU allereerst dat bij de beoordeling van de wederkerigheid van het uit die twee overeenkomsten bestaande geheel van overeenkomsten niet alleen rekening dient te worden gehouden met de bepalingen ervan, maar ook met het regelgevend kader waarin deze overeenkomsten zijn gesloten.<sup>628</sup> Wat dit kader betreft, blijkt dat de Duitse regeling voor brandbeveiliging, technische hulpverlening en rampenbestrijding, alsook de regeling voor reddingsdiensten, noodinterventie en ambulancevervoer door ondernemingen, de met deze taken belaste Duitse regionale overheden verplicht om het meldkamersysteem op de meest optimale wijze te gebruiken en het voortdurend aan de behoeften aan te passen.<sup>629</sup> Daarvan uitgaande oordeelt het Hof in deze zaak dan dat zowel de bewoordingen van de terbeschikkingstellingsovereenkomst als die van de samenwerkingsovereenkomst het bestaan van een tegenprestatie aannemelijk maken.<sup>630</sup>

Hoewel uit de terbeschikkingstellingsovereenkomst blijkt dat de terbeschikkingstelling van de software kosteloos is, is in diezelfde overeenkomst ook bepaald dat de overeenkomst langdurig is. Nu deze overeenkomst langdurig is, veronderstelt dit, mede gezien de genoemde Duitse regeling op basis waarvan de software steeds zal moeten worden aangepast aan de behoeften, dat aanpassingen tijdens de looptijd van de overeenkomst ook zullen plaatsvinden.<sup>631</sup> Dit blijkt volgens het Hof ook uit opmerkingen van de stad Keulen, die heeft laten weten dat drie of vier keer per jaar belangrijke wijzigingen in die software worden aangebracht dan wel aanvullende modules worden toegevoegd.<sup>632</sup>

Ook is voor de tegenprestatie relevant dat de software weliswaar kosteloos, maar niet *belangeloos* ter beschikking wordt gesteld: er zijn namelijk voorwaarden aan de terbeschikkingstelling verbonden. Daarnaast heeft de deelstaat Berlijn financieel belang bij de kosteloze terbeschikkingstelling van die software omdat de ontwikkeling van de software door de Stadt Keulen zelfstandig in opdracht dient te worden gegeven en gefinancierd.<sup>633</sup>

Ten slotte gaat het HvJ EU mee in de overweging van de A-G bij deze zaak, die heeft opgemerkt dat de update van de software de facto onvermijdelijk is, ongeacht het moment waarop deze plaatsvindt, zodat de tegenprestatie niet afhangt van een 'zuiver potestatieve voorwaarde'.<sup>634</sup>

Aan het sub-criterium van de tegenprestatie is hier dus voldaan zonder dat sprake is van een betaling of (kosten)vergoeding voor geleverde diensten. Doorslaggevend blijkt te zijn voor het bestaan van de tegenprestatie, of er voor de andere partij – of over en weer – een economisch voordeel wordt verkregen. In deze zaak be-

628. *Stadt Köln*, r.o. 42.

629. *Stadt Köln*, r.o. 43.

630. *Stadt Köln*, r.o. 44-45.

631. *Stadt Köln*, r.o. 45.

632. *Stadt Köln*, r.o. 45.

633. *Stadt Köln*, r.o. 46-48.

634. *Stadt Köln*, r.o. 51; zie Conclusie A-G Campos Sánchez-Bordona van 29 januari 2020, bij zaak C-796/18, ECLI:EU:C:2020:47, punten 59 en 62.

stond deze uit het gebruikmaken van updates van de software door de andere partij en vice versa.

Ten slotte moet worden opgemerkt dat wanneer er in het geheel geen tegenprestatie bestaat voor de geleverde diensten, vanzelfsprekend geen sprake is van een overeenkomst onder bezwarende titel. Dit is in 2020 bevestigd in het arrest *Tax-Fin-Lex*.<sup>635</sup> In deze zaak werd door een inschrijver een offerte ingediend met een voorgestelde prijs van € 0. Deze inschrijver zou dus geen financiële tegenprestatie van de aanbestedende dienst verkrijgen; wel zou die inschrijver door de uitvoering van deze overeenkomst toegang verkrijgen tot een nieuwe markt en tot referenties die hij in het kader van latere aanbestedingsprocedures zou kunnen aanvoeren. Het HvJ EU oordeelt dat een overeenkomst, waarbij een aanbestedende dienst juridisch geen enkele tegenprestatie hoeft te leveren in ruil voor de prestatie waartoe inschrijver zich verbindt die te zullen uitvoeren, niet onder het begrip overeenkomst onder bezwarende titel valt.<sup>636</sup> Dat die overeenkomst van economische waarde kan zijn voor de inschrijver, aangezien zij hem toegang tot een nieuwe markt zou geven of hem in staat zou stellen referenties te verwerven, is te onzeker en kan volgens het Hof niet volstaan om die overeenkomst als overeenkomst onder bezwarende titel aan te merken.<sup>637</sup>

In deze zaak was de inschrijving van deze inschrijver echter afgewezen vanwege de offerte van € 0. Met het oog daarop overweegt het HvJ EU dat het begrip overheidsopdracht in die zin alleen is gedefinieerd om te kunnen bepalen of de aanbestedingsrichtlijn van toepassing is, artikel 2 lid 1 (5) vormt echter geen rechtsgrondslag voor de afwijzing van een offerte waarin een prijs wordt voorgesteld van € 0.<sup>638</sup> Het Hof wijst vervolgens op de regeling van de abnormaal lage inschrijving als bedoeld in art. 69 aanbestedingsrichtlijn, die wel een rechtsgrondslag voor afwijzing kan vormen.<sup>639</sup>

### 3.5.3.6 Tussenconclusie

De overeenkomst onder bezwarende titel houdt dus een wederkerige verhouding in, die kan worden uitgedrukt in de bewoordingen: een prestatie voor een tegenprestatie. Uit de jurisprudentie is daarbij gebleken dat, inherent aan dit wederzijdse karakter, sprake moet zijn van een rechtstreeks economisch belang voor de aanbestedende dienst bij de activiteit (i), een afdwingbare uitvoeringsverplichting (ii) en van een tegenprestatie, die ruim moet worden opgevat: enig economisch voordeel is voldoende (iii). Deze sub-criteria bieden duidelijke scheidslijnen met de subsidie en vergunning: als van deze criteria sprake is, is (snel) sprake van een overheidsopdracht. Daarbij geldt dat een rechtstreeks economisch belang bij de diensten snel kan komen vast te staan als er financiële belangen voor de aanbestedende dienst zijn bij het uitvoeren van de prestatie. Verder geldt dat wanneer sprake is van (enkel) een kostenvergoeding nog steeds sprake kan zijn van een overheidsopdracht. Wordt vervolgens ook nog een (afdwingbare) uitvoeringsverplichting opgelegd,

635. HvJ EU 10 september 2020, C-367/19, ECLI:EU:C:2020:685 (*Tax-Fin-Lex*).

636. *Tax-Fin-Lex*, r.o. 27.

637. *Tax-Fin-Lex*, r.o. 28.

638. *Tax-Fin-Lex*, r.o. 30.

639. *Tax-Fin-Lex*, r.o. 31.

dan zal van een overeenkomst onder bezwarende titel sprake zijn en kan doorgaans niet worden gekozen voor een subsidie of vergunning. Uiteraard moet ook aan de overige criteria van de overheidsopdracht zijn voldaan; dit is echter snel het geval (paragraaf 3.5.4 en 3.5.5).

In hoofdstuk 4, paragraaf 4.3, zal verder worden verduidelijkt hoe aan de hand van deze sub-criteria een duidelijk onderscheid kan worden gemaakt tussen de overheidsopdracht en de subsidie en de vergunning. Dit zal daarbij ook verder worden toegepast op het organiseren van sociale diensten.

### 3.5.4 Overige wettelijke criteria: geen scheidslijnen tussen instrumenten

In deze paragraaf komen de overige wettelijke criteria van de overheidsopdracht kort aan de orde. Deze criteria, hoewel ze van belang zijn om vast te stellen of sprake is van een overheidsopdracht, bieden namelijk geen scheidslijnen tussen instrumenten. Daarbij is bij het organiseren van sociale diensten door gemeenten ook bij een subsidie, vergunning en openhousemodel snel aan deze vereisten voldaan.

#### 3.5.4.1 *Schriftelijkheids criterium*

Voor het bestaan van een overheidsopdracht is vereist dat de overeenkomst schriftelijk is, het tweede wettelijke criterium. Volgens de definitie neergelegd in art. 2 lid 1 sub 18 van Richtlijn 2014/24/EU is aan deze voorwaarde voldaan als sprake is van een 'uit woorden of cijfers bestaand geheel dat kan worden gelezen, gereproduceerd en vervolgens meegedeeld, met inbegrip van informatie die via elektronische middelen wordt overgebracht en opgeslagen. Een e-mail bijvoorbeeld is voldoende, maar een mondelinge afstemming niet.'<sup>640</sup> Voor het onderscheiden met andere rechtsinstrumenten heeft hier te gelden dat ook bij de subsidie, vergunning en het openhousemodel sprake zal zijn van een schriftelijk (eventueel digitaal) document bestaande uit cijfers en letters, al was het alleen al in het kader van de transparantie van overheidsbesluiten; hiervan zal dus bij alle instrumenten snel sprake zijn. Hoewel dit criterium altijd moet worden getoetst om te bepalen of sprake is van een overheidsopdracht, zal dit geen scheidslijn vormen tussen de instrumenten.

#### 3.5.4.2 *Gesloten met 'ondernemers'*

Het volgende wettelijke criterium uit de definitie van de overheidsopdracht betreft het vereiste dat het moet gaan om overeenkomsten gesloten tussen één of meerdere 'ondernemer(s)'. De aanbestedingsrichtlijnen zijn dus alleen van toepassing op ondernemers. Dit betekent dat geen sprake is van een overheidsopdracht als de rechtsubjecten die een activiteit uitvoeren niet als ondernemer in de zin van de richtlijn zijn aan te merken. In die zin vormt dit criterium geen scheidslijn *an sich* met andere instrumenten, maar zou dit – de aard van de uitvoerder van de activiteit – mogelijk wel gevolgen kunnen hebben voor de kwalificatie van het instrument dat wordt toegepast.

<sup>640</sup>. Zie ook: Janssen 2018, p. 56.

Uit jurisprudentie van het HvJ EU volgt echter dat het begrip ‘ondernemer’ in het aanbestedingsrecht ruim moet worden opgevat. Daarbij trekt het Hof duidelijke parallellen met de betekenis van het begrip onderneming uit het mededingingsrecht.<sup>641</sup> Ook in het aanbestedingsrecht blijkt het namelijk te gaan om ‘elke eenheid die een economische activiteit uitoefent, ongeacht haar rechtsvorm en de wijze waarop zij wordt gefinancierd’.<sup>642</sup> Om vast te stellen of sprak is van een ondernemer in het aanbestedingsrecht is dus van belang of een entiteit een economische activiteit uitoefent, dat wil zeggen: zijn de activiteiten aan concurrentie blootgesteld of kan dat potentieel het geval zijn? Het maakt daarbij niet zozeer uit ‘wie’ deze entiteit is, bijvoorbeeld met of zonder winstoogmerk of met of zonder maatschappelijke dan wel sociale doelstelling.

Ik zal op dit criterium aan de hand van de jurisprudentie van het HvJ EU dieper ingaan in hoofdstuk 8. In het sociaal domein zijn namelijk diverse actoren actief: naast commerciële zorgaanbieders, ook burgercoöperaties, vrijwilligersorganisaties en sociale ondernemers. Deze laatste actoren zijn doorgaans niet gericht op winst en hebben een andere aard en doelstelling dan commerciële zorgaanbieders. Daarom wordt wel gedacht dat zij niet onder de EU-aanbestedingsregulering vallen, dan wel zouden moeten vallen. Zij vallen echter wel degelijk daaronder. Tegelijkertijd geldt in dat verband dat er op EU-niveau ontwikkelingen zijn die meer ruimte geven voor de lidstaten om rekening te houden met de bijzondere status van sommige deelnemers aan de gunning van overheidsopdrachten.<sup>643</sup>

### 3.5.4.3 Aanbestedende dienst

Om te spreken van een overheidsopdracht is verder van belang, overeenkomstig de wettelijke definitie, dat het gaat om een aanbestedende dienst. Op grond van art. 2 lid 1 sub 1 Richtlijn 2014/24/EU gaat het daarbij om: de staats-, regionale en lokale overheidsinstanties, publiekrechtelijke instellingen of samenwerkingsverbanden bestaande uit één of meer van deze overheidsinstanties of een of meer van deze publiekrechtelijke instellingen. Dit is een belangrijk criterium van de overheidsopdracht en over de reikwijdte daarvan wordt in de literatuur regelmatig geschreven.<sup>644</sup> Voor het thema van dit boek voert het echter te ver om daar dieper

641. Zie HvJ EG 23 april 1991, C-41/90, ECLI:EU:C:1991:161 (*Höfner*), r.o. 21; bevestigd in o.a.: HvJ EG 17 februari 1993, gevoegde zaken C-159/91 en C-160/91, ECLI:EU:C:1993:63 (*Poucet en Pistre*), r.o. 17; HvJ EG 16 november 1995, C-244/94, ECLI:EU:C:1995:392 (*Fédération française des sociétés d'assurances e. a.*), r.o. 14; HvJ EG 11 december 1997, C-55/96, ECLI:EU:C:1997:603 (*Job Centre*), r.o. 21. HvJ EG 16 maart 2004, gevoegde zaken C-264/01, C-306/01, C-354/01 en C-355/01, ECLI:EU:C:2004:150 (*AOK Bundesverband*), r.o. 46.

642. Zie bijv. duidelijk in: HvJ EG 29 november 2007, C-119/06, ECLI:EU:C:2007:729 (*Commissie/Italië*).

643. Zie in het bijzonder par. 8.4 en 8.6.

644. Zie o.a. in: Pijnacker Hordijk, Van der Bend & Van Nouhuys 2009, p. 37-59; Essers & Lombert 2017, p. 78-105; Manunza 2001, p. 63-114; Manunza, *European Law Review* 2003; Arrowsmith, *PPLR* 2004, p. 59-86; Janssen 2018, p. 35-53.

op in te gaan. Sociale diensten als bedoeld in dit boek worden namelijk exclusief georganiseerd door gemeenten, die duidelijk zijn aan te merken als aanbestedende dienst in bovenbedoelde zin.

Tegelijkertijd moet wel worden opgemerkt dat bij een wijziging van het stelsel, waarbij niet langer de gemeente verantwoordelijk zal zijn voor het organiseren van sociale diensten, maar bijvoorbeeld zoals voorheen de zorgkantoren, een diepgaandere toets moet worden uitgevoerd. Ook in andere lidstaten zal dit criterium van groter belang kunnen zijn als mogelijk aan de overheid gelieerde instellingen verantwoordelijk zijn voor de aanbesteding van taken in het sociaal domein. Het begrip aanbestedende dienst is namelijk ruimer dan alleen overheden en omvat ook publiekrechtelijke instellingen als bedoeld in art. 2 lid 1 sub 4 Richtlijn 2014/24/EU. Ten slotte zij opgemerkt dat het criterium van aanbestedende dienst ook in het algemeen geen scheidslijn zal zijn om de overheidsopdracht van bijvoorbeeld de subsidie en de vergunning te onderscheiden. Subsidies en vergunningen worden namelijk verstrekt door ‘bestuursorganen’ in de zin van art. 1:1 Awb. Bij sociale diensten gaat het om gemeentelijke organen. Deze organen zijn altijd aan te merken als aanbestedende diensten in de zin van de aanbestedingsrichtlijnen.

#### 3.5.4.4 *Aanbestedingsrichtlijn ziet op werken, levering of diensten*

Het laatste wettelijke criterium uit de definitie betreft het voorwerp van de opdracht. De aanbestedingsrichtlijnen zien alleen op het inkopen of organiseren van werken, leveringen of diensten. De definities daarvan staan vermeld in art. 2 lid 1, sub 6-9. Daarbij zijn sommige opdrachten van de werkingssfeer van de richtlijn uitgesloten.<sup>645</sup> Ook op dit punt ga ik hier verder niet dieper in, omdat het bij sociale diensten als bedoeld in dit boek duidelijk gaat om het verlenen van diensten als bedoeld in de aanbestedingsrichtlijn.<sup>646</sup> Het voorwerp van dit boek betreft namelijk specifiek de diensten die op grond van art. 74 e.v. Richtlijn 2014/24/EU onder de aanbestedingsrichtlijnen vallen. Daarmee is dan ook voor de diensten uit dit boek aan dit vereiste voldaan. Dit criterium van de overheidsopdracht moet bij andere activiteiten echter steeds worden getoetst. Daarbij zal moeten worden bezien of de materie valt onder de werkingssfeer van de aanbestedingsrichtlijnen.

### 3.5.5 **Jurisprudentieel criterium exclusieve selectie: scheidslijn met het openhousemodel**

#### 3.5.5.1 *Zonder exclusieve selectie geen overheidsopdracht*

Een laatste criterium van de overheidsopdracht vormt het criterium van exclusieve selectie. Dit vereiste vormt een belangrijke scheidslijn tussen de overheidsopdracht en het openhousemodel: een instrument waarmee door aanbestedende diensten overheidscontracten worden gesloten met elke geïnteresseerde ondernemer die aan bepaalde vooraf vastgestelde randvoorwaarden voor toetreding voldoet, en waarbij de keuze voor een van de toetredende aanbieders vervolgens wordt overge-

645. Zie voor de specifieke uitsluitingen art. 7 e.v. en met name art. 10 Richtlijn 2014/24/EU.

646. Art. 2 lid 1 (9) Richtlijn 2014/24/EU en art. 1.1 Aw 2012.

laten aan derden. Dit criterium is echter niet in de wettelijke definitie van de overheidsopdracht terug te vinden, maar is door het HvJ EU als een vereiste voor het bestaan van een overheidsopdracht aangemerkt in de arresten *Falk Pharma* (2016) en *Tirkkonen* (2018).<sup>647</sup> In deze zaken – die gingen om het sluiten van contracten voor medicijnen respectievelijk landbouwadviesdiensten – bleken namelijk alle (wettelijke) vereisten van de definitie van de overheidsopdracht vervuld.<sup>648</sup> Toch komt het Hof tot de conclusie dat geen sprake was van een overheidsopdracht als bedoeld in de aanbestedingsrichtlijnen. Deze arresten worden in hoofdstuk 5 uitgebreid besproken met het oog op de scheidslijn van de overheidsopdracht met het openhousemodel. Hieronder wordt reeds kort ingegaan op deze scheidslijn.

Het HvJ EU legt in genoemde zaken uit dat ‘de keuze van een inschrijving en dus van een begunstigde, intrinsiek verbonden is aan de aanbestedingsrichtlijn en daarmee met het begrip overheidsopdracht’.<sup>649</sup> Dit volgt volgens het HvJ EU uit de doelstellingen van de aanbestedingsrichtlijnen.<sup>650</sup> De aanbestedingsrichtlijnen beogen namelijk de belangen te beschermen van de in een lidstaat gevestigde marktdeelnemers die goederen of diensten aan in een andere lidstaat gevestigde aanbestedende diensten wensen aan te bieden en zijn er meer specifiek op gericht het risico uit te sluiten dat de aanbestedende diensten bij het plaatsen van een opdracht de voorkeur geven aan nationale inschrijvers of gegadigden. Wanneer echter geen selectie wordt gemaakt uit geïnteresseerde ondernemingen om met exclusiviteit opdrachten te gunnen, zal dat risico van favoritisme dat door de aanbestedingsregels wordt voorkomen, geen werkelijkheid worden; immers als iedereen wordt toegelaten, dan vindt ook geen voorkeursbehandeling plaats. Daarom is het volgens het Hof niet nodig bij het toepassen van een open systeem, waarbij in beginsel iedereen kan toetreden en derden voor een van de toegetrokken aanbieders kiezen, de aanbestedingsregels toe te passen.

In het arrest *Falk Pharma* vindt het HvJ EU daarbij ondersteuning voor deze redenering in de definitie van het begrip aanbesteding neergelegd in artikel 1 lid 2 van Richtlijn 2014/24/EU, omdat daarin is opgenomen dat het gaat om door de aanbestedende dienst ‘gekozen’ ondernemers.<sup>651</sup> De A-G bij het arrest *Tirkkonen* haalt dit artikel ook aan, maar in dit arrest gaat het HvJ EU hier niet op in.<sup>652</sup>

Het gaat bij het criterium exclusieve selectie dus om het vereiste dat uit een groep geïnteresseerde ondernemers met een of meerdere ondernemers exclusieve contracten worden gesloten. Daarbij gaat het op basis van het arrest *Tirkkonen* vooral om de vraag of er gunningscriteria worden gesteld waarmee (immers) bedoelde exclusieve selectie uit geïnteresseerden bij een aanbestedingsprocedure wordt gemaakt.<sup>653</sup> Selectiecriteria (dat wil zeggen: geschiktheidseisen) zoals die in een aanbestedings-

647. HvJ EU 1 maart 2018, C-9/17, ECLI:EU:C:2018:142 (*Tirkkonen*); HvJ EU 2 juni 2016, C-410/14, ECLI:EU:C:2016:399 (*Falk Pharma*); zie uitgebreid ook: Bouwman, JAAN 2016/13; Bouwman, JAAN 2018/15.

648. Zie *Falk Pharma*, r.o. 33; *Tirkkonen*, r.o. 28.

649. *Falk Pharma*, r.o. 38; *Tirkkonen*, r.o. 30.

650. *Falk Pharma*, r.o. 34 e.v.; *Tirkkonen*, r.o. 29.

651. Zie *Falk Pharma*, r.o. 39-40.

652. Zie in de Conclusie van A-G Campos Sánchez-Bordona van 13 december 2017, ECLI:EU:C:2017:962, r.o. 54.

653. *Tirkkonen*, r.o. 35; zie meer hierover in hoofdstuk 5.

procedure worden gehanteerd om de geschiktheid van inschrijvers te toetsen, of randvoorwaarden zoals die ook bijvoorbeeld bij subsidies en vergunningen wel worden gesteld, leiden dus nog niet tot de bedoelde exclusieve selectie; hoewel daardoor het aantal ondernemers dat kan toetreden wel wordt beperkt. Het gaat bij een overheidsopdracht om het gunnen van exclusieve contracten op basis van gunningscriteria. Dit criterium van exclusieve selectie, als scheidslijn met de overheidsopdracht en wat daaronder moet worden verstaan, wordt uitgebreid behandeld in hoofdstuk 5. In dit hoofdstuk staat het openhousemodel als rechtsinstrument centraal en zal tevens aan de orde komen wat dit voor instrument is en welk juridisch kader daarop van toepassing is.

Interessant is dat ook in het hiervoor besproken *Scala*-arrest het criterium van selectie reeds aan de orde komt.<sup>654</sup> Gedaagden wijzen er in die zaak namelijk op dat het gemeentebestuur zijn contractpartij niet kan kiezen, omdat deze persoon volgens de Italiaanse wet noodzakelijkerwijs de eigenaar van de te verkavelen terreinen is.<sup>655</sup> Volgens hen vormt dus het kunnen kiezen van de contractpartij onderdeel van de contractuele relatie. In het *Scala*-arrest maakt het HvJ EU hier korte metten mee. De omstandigheid dat de contractpartij automatisch de grondeigenaar is, sluit volgens het Hof namelijk niet uit dat de betrekking tussen het gemeentebestuur en de exploitant een contractueel karakter heeft. Het Hof wijst vervolgens op de verhoudingen tussen de gemeente en de exploitant, die volgens het Hof wel op een contractuele relatie duiden. Even verder komt het HvJ EU op dit keuze-element terug als het deze uitleg legt langs de lat van de functionele uitleg van het begrip overheidsopdracht, zodat het doel van de richtlijn, het risico van onrechtmatige overheidsbegunstiging niet in gevaar wordt gebracht en concludeert:

*‘Dat de overheid haar contractpartij niet kan kiezen, kan dus op zich de niet-toepassing van de richtlijn niet rechtvaardigen, omdat een dergelijke eventualiteit ertoe zou leiden dat de uitvoering van een werk waarop deze richtlijn anders van toepassing zou zijn, van de communautaire mededinging wordt uitgesloten.’<sup>656</sup>*

Hiermee wilde het Hof kennelijk voorkomen dat grondeigendom in de weg kan staan aan het openbaar aanbesteden van werken.<sup>657</sup>

Op het eerste gezicht lijkt het oordeel van het HvJ EU in *Falk Pharma* en *Tirkkonen* een koerswijziging ten opzichte van het *Scala*-arrest, nu daarin het maken van een keuze uit geïnteresseerden wel als een vereiste van de overheidsopdracht wordt erkend. Gelet op de situatie in *Scala* – die dusdanig verschilt van die van *Falk Pharma* en *Tirkkonen* – is dat echter niet het geval. Het verschil zit er met name in dat de aanbestedende dienst in *Scala* geen keuze kan maken, omdat het contract met de grondeigenaar moet worden gesloten, terwijl in *Falk Pharma* en *Tirkkonen* de aanbestedende dienst wel een keuze kan maken, maar geen keuze wil maken; dat laat hij aan derden over. In een dergelijk geval wordt dus geen (exclusieve) se-

654. Zie ook: Janssen 2018, p. 60.

655. *Scala*, r.o. 64.

656. *Scala*, r.o. 75.

657. Zie hierover ook Bregman, *BR* 2002, p. 10 e.v.



lectie gemaakt, maar mag juist iedere ondernemer die aan bepaalde randvoorwaarden voldoet, de opdracht uitvoeren. Daarmee wordt het doel van de richtlijn juist niet in gevaar gebracht. Immers, in beginsel wordt met iedere ondernemer een overeenkomst gesloten. Gaat het daarentegen om een situatie als in *Scala*, dan heeft nog steeds te gelden dat grondeigendom niet per definitie uitsluit dat toch sprake is van een overheidsopdracht, namelijk als er een contractuele verhouding tussen de overheid en de uitvoerder bestaat. Daarbij kan tevens sprake zijn van een doorlegplicht. In die zin mag grondeigendom niet in de weg staan aan het volgen van een aanbestedingsprocedure.

Overigens oordeelt het HvJ EU in het latere arrest *Helmut Müller* vervolgens wel dat het eigendomsrecht kan verhinderen dat sprake is van een concessie.<sup>658</sup> Een aanbestedende dienst moet namelijk over de exploitatie van een werk kunnen beschikken om het recht van exploitatie aan zijn medecontractant te kunnen overdragen.<sup>659</sup>

### 3.5.5.2 *Exclusieve selectie versus niet-schaarse subsidies en vergunningen*

Van belang is daarnaast dat ook de niet-schaarse subsidie en vergunning aan de hand van dit jurisprudentiële criterium van de overheidsopdracht kunnen worden onderscheiden. Ook voor vergunningen of subsidies waarvoor geen maximaal aantal is vastgesteld, respectievelijk geen plafond is vastgelegd en door iedereen die aan de voorwaarden voldoet kan worden verkregen, geldt namelijk dat geen selectie uit gegadigden wordt gemaakt om de subsidie of vergunning met exclusiviteit aan één of meerdere gegadigden te verlenen in bovenbedoelde zin. Dit betekent dat deze niet-schaarse vergunning of subsidie niet onder de aanbestedingsrichtlijnen valt, ongeacht of er sprake is van een overeenkomst onder bezwarende titel zoals hiervoor besproken. Wanneer sprake is van een overeenkomst onder bezwarende titel bij een 'subsidie' of 'vergunning' en er alsnog meer aanvragers zijn dan beschikbare gelden of rechten, is echter wel sprake van een overheidsopdracht: dan wordt immers weer met exclusiviteit 'ge Gund'.

Dit criterium moet dan ook niet als het belangrijkste onderscheidende criterium tussen overheidsopdrachten en subsidies en vergunningen worden gezien. In essentie onderscheidt de overheidsopdracht zich namelijk van de subsidie en de vergunning door de vraag of sprake is van een overeenkomst onder bezwarende titel.

## 3.6 CONCLUDEREND

In dit hoofdstuk is ingegaan op de overheidsopdracht als bedoeld in de EU-aanbestedingsrichtlijnen. Dit instrument, dat in eerste instantie is ingevoerd om een interne markt voor overheidsopdrachten tot stand te brengen, heeft inmiddels onder de sociale markteconomie ook een duidelijke instrumentele functie gekregen. De overheidsopdracht is immers een instrument bij uitstek om ondernemers uit te dagen om de beste oplossingen, in de zin van werken, leveringen of diensten, aan de aanbestedende dienst en de maatschappij aan te bieden.

658. *Helmut Müller*, r.o. 70 e.v.

659. *Helmut Müller*, r.o. 72 e.v.

Zo kan de overheidsopdracht ook in het sociaal domein worden ingezet om bredere maatschappelijke doelen te bereiken, zoals kwalitatief goede diensten voor een bepaalde prijs, maar ook voor het stimuleren van innovatie of het bevorderen van de sociale cohesie. In het kader van de goede (organisatie van) zorg, kan dit instrument tegen de achtergrond van vergrijzing en stijgende zorgkosten worden ingezet om de beste diensten tegen een bepaalde prijs in te kopen; dit kan, afhankelijk van hoe het instrument wordt ingezet, van invloed zijn op de betaalbaarheid en de kwaliteit van de diensten. Wat de goede organisatie van zorg betreft, is het mogelijk een meer of minder groot aantal zorgaanbieders te contracteren. Afhankelijk van hoe de overheidsopdracht als instrument wordt ingezet kan dus worden voorzien in keuzevrijheid voor cliënten. Verder kan gestuurd worden op kwaliteit en kan zorgfraude door de te stellen geschiktheidseisen, uitsluitingsgronden en gunningscriteria worden tegengegaan. Explicitering van ernstige (zorg)fraude als uitsluitingsgrond bijvoorbeeld in de memorie van toelichting, is daarbij aanbevolen. Ook de Wet Bibob kan worden ingezet bij het tegengaan van zorgfraude.

In dit hoofdstuk is het ontbreken van een duidelijke (uniforme) procedure voor het aanbesteden van sociale diensten in de Aw 2012 als een gemiste kans aangemerkt. Een meer toegespitste procedure – waarin bijvoorbeeld duidelijk wordt binnen welke grenzen gemeenten met zorgaanbieders in dialoog kunnen gaan en waarin aanwijzingen worden gegeven over de te hanteren gunningscriteria – zal bijdragen aan de rechtszekerheid en de juiste toepassing van de aanbestedingsregels. Ook zal dit de administratieve lasten bij overheden en gemeenten kunnen verminderen.

In dit hoofdstuk is een eerste aanzet gedaan om de scheidslijnen tussen de overheidsopdracht, subsidie, vergunning en het openhousemodel in kaart te brengen. Duidelijk is geworden dat dit onderscheid aan de hand van de EU-definitie van de overheidsopdracht moet worden gemaakt. Om het *effet utile* van EU-recht te bereiken en ontduiking van deze regulering tegen te gaan, moet namelijk elke subsidie of vergunning die voldoet aan deze definitie als een overheidsopdracht worden aangemerkt en volgens de aanbestedingsregulering worden aanbesteed. Vooruitlopend op de hoofdstukken 4 en 5 zijn daarbij de volgende scheidslijnen aangewezen die van groot belang zijn om de overheidsopdracht van de subsidie, vergunning en het openhousemodel te onderscheiden. Allereerst betreft dat het wettelijke criterium van de overeenkomst onder bezwarende titel, aangevuld met de jurisprudentiële sub-criteria rechtstreeks economisch belang (i) de afdwingbare uitvoeringsverplichting (ii) en de ruime uitleg van de tegenprestatie (iii). Daarnaast betreft dit het jurisprudentiële criterium van exclusieve selectie.

In de besproken arresten waarin het Hof deze scheidslijnen verduidelijkt valt op dat het Hof, naast een grammaticale uitleg, regelmatig een teleologische interpretatie hanteert, aangezien het zijn uitleg (mede) baseert op de doelstellingen van de aanbestedingsrichtlijnen en een interpretatie geeft die het nuttig effect van de richtlijnen niet in gevaar brengt.

---

In het kader van de rechtszekerheid en de effectieve toepassing van EU-recht zal ik in hoofdstuk 9 enkele voorstellen doen om de scheidslijnen van de overheidsopdracht met andere rechtsinstrumenten beter in Europese en nationale wetgeving te verankeren.



## Hoofdstuk 4

# Scheidslijnen tussen de overheidsopdracht & de subsidie en vergunning: de overheid als opdrachtgever, supporter of poortwachter

### 4.1 INLEIDING

Er is in de literatuur regelmatig op gewezen dat de overheidsopdracht en de subsidie als instrumenten met elkaar kunnen worden verward.<sup>660</sup> In dat kader zijn in de literatuur en ook in handreikingen en rapporten, diverse aanwijzingen gedaan om het onderscheid tussen de overheidsopdracht en de subsidie – en vice versa – te verduidelijken.<sup>661</sup> Zo valt in de *Handreiking Aanbesteden WMO 2015 en Jeugdwet* van PIANOo, het expertisecentrum aanbesteden van de overheid, onder meer te lezen dat of sprake is van een subsidie of overheidsopdracht afhankelijk is van de omstandigheden van het geval, waarbij belangrijke vragen zijn:

- Wat is het verband tussen betaling en prestatie?
- Van wie is het initiatief uitgegaan?
- Welk belang wordt gediend (primair het algemeen belang of primair het economisch belang van de gemeente)?
- Wat is het doel van de activiteit?
- Is er sprake van commerciële activiteiten (winst, concurrentie)?
- Zijn er derden bij het project betrokken?<sup>662</sup>

Bedoeld wordt hiermee bijvoorbeeld dat als er een verband is tussen de betaling en prestatie, dus als er bijvoorbeeld marktconform wordt betaald, dit een aanwijzing is dat sprake is van een overheidsopdracht, en als dat verband er niet is dat dit een aanwijzing is dat sprake is van een subsidie. Of: als het initiatief van de overheid uitgaat, is dat een aanwijzing dat sprake is van een overheidsopdracht; als het initiatief van een ondernemer/burger komt is dat een aanwijzing dat sprake is van een subsidie. Daarbij wordt in deze handreiking opgemerkt dat op basis van recente rechtspraak de vragen ‘welk belang wordt gediend?’ (het doel van de vergoeding) en ‘is er sprake van commerciële activiteiten?’ (de hoogte van de vergoeding), de belangrijkste elementen zijn om vast te stellen of sprake is van een subsidie of overheidsopdracht.<sup>663</sup> Er zou gelden dat als het economisch belang van de gemeente wordt gediend, snel sprake is van een overheidsopdracht en als het gaat om het algemeen belang, eerder sprake is van een subsidie. Als het gaat om commerciële

660. Zie bijv.: Drahmman 2015, p. 154; Huisman & Van Ommeren 2019, p. 391-396; Van den Brink & Den Ouden, *NJB* 2016/2000, p. 2892; Ten Kate & Van den Ende, *Gst.* 2006/149. Dit lijkt daarnaast ook te volgen uit art. 4:21 Awb (definitie subsidie) en *Kamerstukken II* 1993/94, 23700, nr. 3, p. 33 (memorie van toelichting), waarin ook is gepoogd dit onderscheid te verduidelijken.

661. Zie o.a. *Handreiking Aanbesteden WMO 2015 en Jeugdwet* 2017; *Handreiking PIANOo* 2017; zie ook: Van den Brink & Den Ouden, *NJB* 2016/2000, p. 2892. Drahmman 2015, p. 154; Verboeket, *NTB* 2020/202; Den Ouden, Jacobs & Verheij 2011, p. 18-19; Ten Kate & Van den Ende, *Gst.* 2006/149.

662. Zie: *Handreiking Aanbesteden WMO 2015 en Jeugdwet* 2017, p. 30.

663. Verwezen wordt naar: HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:812 en CbB 9 juli 2008, ECLI:NL:CBB:2008:BD8180 (*Hanseland*), AB 2008/340, m.nt. J.R. van Angeren.

activiteiten waarbij de kosten van een activiteit inclusief winsttopslag worden vergoed zou snel sprake zijn van een overheidsopdracht, terwijl als het alleen gaat om een kostenvergoeding zou eerder sprake zijn van een subsidie.

Vergelijkbare aanwijzingen zijn ook in andere publicaties van kenniscentra van de overheid en in de literatuur terug te vinden.<sup>664</sup> Daarnaast zijn dergelijke aanwijzingen ook terug te vinden in de memorie van toelichting bij art. 4:21 Awb, het artikel waarin de subsidie is gedefinieerd.<sup>665</sup> Goed mogelijk is dat de aanwijzingen die in de literatuur en in de praktijk te vinden zijn aan deze memorie van toelichting zijn ontleend, temeer omdat de aanwijzingen ook in de bestuursrechtspraak – waarin de bestuursrechter zich moet buigen over de vraag of sprake is van een subsidie of een betaling/(overheids)opdracht – worden gebruikt en verder zijn ontwikkeld.<sup>666</sup> In de literatuur wordt deze jurisprudentie dan ook regelmatig aangehaald.<sup>667</sup> Daarbij geldt overigens dat niet wordt gesteld dat deze aanwijzingen op zichzelf doorslaggevend zijn, maar dat zij steeds in onderlinge samenhang moeten worden beschouwd.

Dergelijke aanwijzingen om de overheidsopdracht en de subsidie van elkaar te onderscheiden zijn echter gebaseerd op een nationale analyse van deze instrumenten en miskennen dat de vraag of sprake is van een overheidsopdracht of subsidie op basis van EU-recht moet worden beantwoord. De overheidsopdracht en de subsidie worden hier namelijk op één lijn naast elkaar geplaatst en vergeleken, zonder dat rekening wordt gehouden met het feit dat de overheidsopdracht een EU-definitie heeft die voorgaat op nationale definities en instrumenten. Daarbij heeft deze EU-definitie een ruimere reikwijdte dan de hiervoor genoemde aanwijzingen.

De toepassing van deze aanwijzingen, hoewel zij gelet op de definities van overheidsopdrachten en subsidies begrijpelijk zijn, kunnen dan ook tot verkeerde conclusies leiden over de vraag of sprake is van een EU-overheidsopdracht.<sup>668</sup> Zoals in het vorige hoofdstuk reeds deels naar voren kwam, hoeft namelijk bij een overheidsopdracht niet per se sprake te zijn van een marktconforme vergoeding, maar kan ook een (gedeeltelijke) kostenvergoeding voldoende zijn om te moeten spreken van een EU-overheidsopdracht. Het verband tussen de prestatie en betaling is dus niet relevant met het oog op de EU-definitie van de overheidsopdracht. Evenzo geldt dat bijvoorbeeld voor de vragen bij wie het initiatief ligt of wat het doel van de activiteit is. Zodra aan de criteria van een overheidsopdracht is voldaan, is sprake van een overheidsopdracht, of het initiatief nu kwam van de overheid of de ontvanger van de financiële middelen. Door het gebruik van bovengenoemde (nationale) aanwijzingen, ontstaat dan ook het risico dat een instrument verkeerd wordt gelabeld en dat bij deze verstrekking van overheidsgeld in strijd met EU-recht wordt gehandeld.

664. *Handreiking PIAN0o 2017*; Van den Brink & Den Ouden, *NJB* 2016/2000; Drahmman 2015, p. 154; Verboeket, *NTB* 2020/202.

665. *Kamerstukken II* 1993/94, 23700, nr. 3, p. 33.

666. Zie bijv.: ABRvS 12 september 2001, ECLI:NL:RVS:2001:AN6776 (*Catalpa*), AB 2001/335, m.nt. N. Verheij; CBb 9 juli 2008, ECLI:NL:CBB:2008:BD8180 (*Hanseland*), AB 2008/340, m.nt. J.R. van Angeren; ABRvS 23 maart 2016, ECLI:NL:RVS:2016:803 (*ingebruikgevingsovereenkomst sportcomplex*), AB 2016/286, m.nt. A. Drahmman.

667. Huisman & Van Ommeren 2019, p. 393 e.v.; Van den Brink & Den Ouden, *NJB* 2016/2000, p. 2892; Drahmman 2015, p. 154 e.v.

668. Zie ook reeds aangestipt door: Van den Berge & Gelderman 2013.

In dit hoofdstuk zal de aanzet die in het vorige hoofdstuk is gedaan om de overheidsopdracht van andere instrumenten te onderscheiden, verder worden uitgewerkt voor de subsidie en de vergunning. Daartoe zal in paragraaf 4.2 echter eerst worden ingegaan op de instrumenten van de subsidie en de vergunning. Vervolgens zal in paragraaf 4.3 de scheidslijn tussen de overheidsopdracht en de subsidie en de vergunning aan de orde komen. Het gaat met name om de overeenkomst onder bezwarende titel, en de nadere sub-criteria zoals uitgelegd door het HvJ EU in zijn jurisprudentie. Aan de hand daarvan zal blijken hoe de overheidsopdracht wel juridisch doorslaggevend van de subsidie en de vergunning kan worden onderscheiden. In paragraaf 4.4 zal ik laten zien dat aan de hand van de verschillende rollen – van opdrachtgever, supporter of poortwachter – die de overheid in dat verband kan aannemen, ook duidelijk wordt hoe de instrumenten van elkaar moeten worden onderscheiden. In paragraaf 4.5 wordt ingegaan op de mogelijkheden die er zijn om sociale diensten door middel van subsidies of vergunningen te organiseren en de mogelijke voor- en/of nadelen van een keuze voor die instrumenten op de goede (organisatie van) zorg. Ten slotte zal in paragraaf 4.6 worden ingegaan op de beïnvloeding van EU-recht op instrumenten als de subsidie en de vergunning, die ertoe leidt dat de juridische kaders van de verschillende instrumenten zich meer en meer richting elkaar (kunnen) begeven.

## 4.2 HET OVERHEIDSINSTRUMENTARIUM VAN SUBSIDIES EN VERGUNNINGEN

In het vorige hoofdstuk is het instrument van de overheidsopdracht besproken. In dit hoofdstuk wordt ingegaan op de scheidslijnen tussen de overheidsopdracht en de subsidie en de vergunning. Van belang is eerst stil te staan bij deze laatste twee instrumenten en te bezien wat deze in juridische zin inhouden. Het is niet de bedoeling de regeling en de werking van de subsidie en vergunning in het nationale recht uitputtend te bespreken. Het accent ligt op die aspecten die hierna nodig zijn voor het onderscheiden van de overheidsopdracht van de subsidie en de vergunning. Daarnaast zal ik steeds voorbeelden gebruiken uit het sociaal domein, om de toepassing van de instrumenten op de organisatie van sociale diensten te illustreren. Hoe deze instrumenten concreet kunnen worden ingezet om sociale diensten te organiseren zal ik meer specifiek bespreken in paragraaf 4.5.

### 4.2.1 De subsidie: geldverstrekkingen om bepaalde activiteiten te stimuleren

#### 4.2.1.1 Reikwijdte van het subsidie-instrument

De reikwijdte van het rechtsinstrument de subsidie wordt in het Nederlandse recht bepaald door de definitie daarvan in art. 4:21 Awb. De subsidie houdt op grond van dit artikel in: ‘de aanspraak op financiële middelen, door een bestuursorgaan verstrekt met het oog op bepaalde activiteiten van de aanvrager, anders dan als betaling voor aan het bestuursorgaan geleverde goederen of diensten’. Daarbij gaat het om een materieel subsidiebegrip: wanneer aan deze elementen is voldaan moet worden gesproken van een subsidie en moet de subsidie in overeenstemming met de bepalingen uit de subsidietitel, neergelegd in afdeling 4.2 van de Awb, worden

verstrekt.<sup>669</sup> De Awb verbindt daarnaast rechtsgevolgen aan het feit dat een verstrekking als een subsidie in bovengenoemde zin wordt aangemerkt, aangezien aan de bepalingen uit de subsidietitel moet worden voldaan. Zo moet bijvoorbeeld op grond van de Awb in een wettelijke grondslag voor een subsidie worden voorzien (art. 4:23 Awb) en is geregeld welke verplichtingen aan subsidieontvangers kunnen worden opgelegd (art. 4:37). Daarbij geldt dat enkele activiteiten, zoals aanspraken inzake belastingen en premies, op grond van art. 4:21 Awb lid 2 van de subsidietitel zijn uitgezonderd. Ook financiële verstrekkingen aan rechtspersonen die krachtens publiekrecht zijn ingesteld, vallen op grond van lid 3 van dat artikel niet onder de subsidietitel.

Wat de verschijningsvorm van de subsidie in de praktijk betreft, worden wel de volgende vormen onderscheiden: de subsidie à fonds perdu, de rentesubsidie, garantiesubsidie, subsidie in natura, projectsubsidie, exploitatiesubsidie, budgetsubsidie, en prijssubsidie.<sup>670</sup> De laatste jaren wordt in de praktijk echter steeds vaker gezocht naar alternatieve vormen van financiering, door Den Ouden en Van den Brink aangeduid als 'de subsidie nieuwe stijl'.<sup>671</sup> Het gaat om bijvoorbeeld: revolving fondsen, cofinanciering met crowdfunding (*matchfunding*), *social impact bonds*, bewoners- of wijkbudgetten, het coöperatiemodel en publiekrechtelijke prijsvragen. Een belangrijke vraag bij deze 'nieuwe' vormen van financiering is volgens Den Ouden en Van den Brink echter of het daadwerkelijk gaat om een ander instrument dan de subsidie, of dat deze vormen, hoewel gestoken in een nieuw jasje, ook als een subsidie moeten worden aangemerkt. Zij wijzen erop dat antwoord op deze vraag onder meer van belang is omdat het gevaar bestaat dat niet het juiste juridisch kader wordt toegepast; een gelijksoortig probleem dus als geschetst in dit onderzoek.<sup>672</sup> In het kader van dit onderzoek moet echter bij deze alternatieve vormen van geldverstrekking door overheden, de vraag moet worden gesteld of de subsidie niet zodanig is vormgegeven dat sprake is van een overheidsopdracht in de zin van de EU-aanbestedingsrichtlijnen.

De subsidietitel is in de Awb opgenomen in het kader van de derde tranche van de Awb in 1998; daarvoor bestond er geen algemene regeling voor subsidies. Achtergrond daarvan zijn debacles met overheidssubsidies in de jaren daarvoor.<sup>673</sup> Zo had de overheid in de jaren 1977 tot 1981 enorme bedragen steun verstrekt aan noodlijdende bedrijven in de scheepsbouw. Achteraf bleek echter dat de miljarden die daarin waren gestoken niets hadden opgeleverd. In de parlementaire enquête die volgde werd de aanbeveling gedaan dat subsidies voortaan zouden moeten worden gebaseerd op een wettelijke regeling en dat de overheid voortaan duidelijkheid moest geven over de effecten die zij beoogde, over het bedrag dat bedrijven zou worden toegekend en de voorwaarden die aan de steun zouden worden verbou-

669. Zie o.a.: ABRvS 8 oktober 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BF7188, AB 2009/223, m.nt. W. den Ouden; zie verder: Jacobs 1999, p. 12; Den Ouden 2002, p. 13; Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2014, p. 390; Van den Brink 2012, p. 521; Van den Brink & Den Ouden, *NJB* 2016/2000.

670. Deze worden door Jacobs als de belangrijkste onderscheiden, zie: Jacobs 1999, p. 10.

671. Zie hierover o.a.: Van den Brink & Den Ouden, *NJB* 2016/2000. Zie ook: *Rapport van de Raad voor de financiële verhoudingen* 2014.

672. Zie o.a. *Rapport Raad voor de financiële verhoudingen* 2014; Van den Brink & Den Ouden, *NJB* 2016/2000, p. 2888 e.v.

673. Zie uitgebreider hierover Jacobs 1999, p. 1 e.v.



den.<sup>674</sup> Kort daarop vond het volgende debacle plaats, nu in de volkshuisvestingssector. Hier werd ruim omgesprongen met subsidies en was weinig controle op de besteding ervan door projectontwikkelaars. Ook dit leidde tot een parlementaire enquête en wederom luidde een van de aanbevelingen dat subsidies voortaan wettelijk moesten worden geregeld.<sup>675</sup> In deze jaren kreeg de figuur van de subsidie ook in de juridische wetenschap meer aandacht.<sup>676</sup> Uiteindelijk werd in 1998 met de derde tranche van de Awb door de wetgever voorzien in de bedoelde regeling voor subsidies.

#### *Elementen subsidie-definitie*

Voor de reikwijdte van het subsidie-instrument is de definitie van de subsidie in art. 4:21 Awb van belang. Deze is onder te verdelen in een zestal elementen, namelijk: de aanspraak (i) op financiële middelen (ii), door een bestuursorgaan verstrekt (iii) met het oog op bepaalde activiteiten (iv) van de aanvrager (v), anders dan als betaling voor aan het bestuursorgaan geleverde goederen of diensten' (vi).<sup>677</sup> Deze elementen worden hieronder kort besproken.

Allereerst gaat het bij de subsidie in de zin van de Awb om een 'aanspraak' van een aanvrager.<sup>678</sup> Met het woord 'aanspraak' is beoogd weer te geven dat het subsidiebegrip ruimer is dan het verstrekken van een geldbedrag. Ook subsidies die niet bestaan in een betaling, zoals garantie- en kredietverlening, vallen dus onder de subsidietitel.<sup>679</sup> Daarnaast ziet het woord 'aanspraak' er ook op dat er een recht ontstaat op de subsidie. De beslissing om een subsidie te verlenen is dus niet vrijblijvend, maar de overheid verbindt zich er rechtens – op dat moment – toe, deze subsidie te verlenen.<sup>680</sup> Het wordt daarmee dus een juridisch afdwingbare aanspraak.<sup>681</sup> Is bijvoorbeeld in een gemeente in een subsidieregeling voorzien voor de financiering van projecten om verveling onder jongeren tijdens de zomer van de COVID-19-crisis tegen te gaan, dan ontstaat met de beslissing van het college van B&W om een subsidie te verstrekken, voor de subsidieontvanger een juridisch afdwingbare aanspraak op de bedoelde subsidie.<sup>682</sup>

Het tweede element richt zich op het onderwerp van de subsidie: het gaat om financiële middelen. Dit betekent dat alleen de verstrekking van geld onder het begrip subsidie in de Awb valt en dat subsidies in natura of indirecte subsidies niet onder het begrip vallen.<sup>683</sup> Volgens de wetgever zou namelijk de toepasselijkheid van de subsidietitel op op geld waardeerbare verstrekkingen 'onevenredig compli-

674. *Kamerstukken II* 1984/85, 17817, nr. 16, p. 467.

675. *Kamerstukken II* 1987/88, 19623, nr. 30.

676. Zie hierover Jacobs 1999, p. 2. Zij verwijst o.a. naar de dissertatie van Damen 1987 en de jaarvergadering van de Vereniging voor Administratief Recht (VAR) in 1988 met het onderwerp 'Rechtstatelijke subsidieverhoudingen' en het bijhorende preadvies van Hirsch Ballin & Van Kreveld 1988.

677. Zie over de onderdelen van de definitie van de subsidie o.a.: Jacobs 1999, p. 12; Den Ouden 2002, p. 13; Van den Brink 2012, p. 520 e.v.; Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2014, p. 390 e.v.; Van den Brink & Den Ouden, *NJB* 2016/2000, p. 2891.

678. Zie hierover *Kamerstukken II* 1993/94, 23700, nr. 3, p. 31; Jacobs 1999, p. 24; Den Ouden 2002, p. 14; Van den Brink 2012, p. 523.

679. Van den Brink & Den Ouden, *NJB* 2016/2000.

680. Zie *Kamerstukken II* 1993/94, 23700, nr. 3, p. 31.

681. Jacobs 1999, p. 25. Den Ouden 2002, p. 16; Van den Brink 2012, p. 522.

682. Zie voor dit voorbeeld: Van den Hoogen, *Binnenlands Bestuur* 12 september 2020.

683. Jacobs 1999, p. 23; Den Ouden 2002, p. 18; Van den Brink 2012, p. 522.

cerend' zijn in verhouding tot het belang van deze verstrekkingen.<sup>684</sup> Zo valt bijvoorbeeld het ter beschikking stellen van een vergaderruimte voor een zorgcoöperatie niet onder de subsidietitel van de Awb.

Het derde element betreft de subsidiënt.<sup>685</sup> De verstrekker van de financiële middelen moet namelijk een bestuursorgaan zijn. Op grond van art. 1:1 Awb sub a en sub b, kunnen daaronder vallen een orgaan van een rechtspersoon krachtens publiekrecht ingesteld (ook wel: a-organen) en een ander persoon of college met enig openbaar gezag bekleed (ook wel: b-organen). Wat betreft de organisatie van sociale diensten zijn gemeenten verplicht deze diensten te organiseren. De organen van gemeenten, zoals het college van B&W, zijn altijd aan te merken als bestuursorgaan in de zin van sub a, de zogenoemde a-organen.

Het vierde element bevat de eis dat de subsidie moet worden verstrekt met het oog op 'bepaalde activiteiten'. Daarmee ligt de besteding van het geld vast.<sup>686</sup> De overheid is er bij de verstrekking van een subsidie niet op uit de aanvrager zonder meer te bevoordelen, maar subsidieert met het oog op (vooraf) vastgestelde doelen. Als bijvoorbeeld een subsidie voor sociale diensten wordt verleend, dan moet het doel van de subsidie vaststaan. Daarbij geldt dat het begrip activiteiten ruim moet worden opgevat, waardoor daaronder ook het nalaten van activiteiten, denk aan het braak laten liggen van een perceel of het laten verrichten van activiteiten kunnen vallen, waarvoor de overheid financiële middelen verstrekt.<sup>687</sup> Op grond van dit element zouden daarom volgens de memorie van toelichting inkomensvoorzieningen, zoals socialezekerheidsuitkeringen of studiefinanciering, buiten de subsidietitel vallen. Zoals Jacobs terecht vaststelt, is dit onderdeel van de definitie echter niet voldoende om dergelijke voorzieningen daadwerkelijk van het subsidiebegrip uit te sluiten. Zij doet dan ook een voorstel om een element aan de subsidie-definitie van art. 4:21 Awb toe te voegen, waarin deze activiteiten daarvan wel kunnen worden uitgezonderd, namelijk: dat subsidies worden verstrekt 'om de (potentiële) ontvangers te stimuleren een bepaalde welomschreven activiteit te verrichten'.<sup>688</sup> Juist dat element, dat volgens Jacobs kenmerkend is voor een subsidie, ontbreekt bij inkomensvoorzieningen en studiefinanciering. Deze financiering is er immers in beginsel niet op gericht om iemand te bewegen tot het verrichten van een activiteit, maar om hem/haar van inkomen te voorzien dan wel de studielasten te verlichten.<sup>689</sup>

Interessant is daarbij dat Jacobs dit stimulerings-element als kenmerk van de subsidie ook vanwege een andere belangrijke reden aan de definitie wil toevoegen, namelijk: om het onderscheid tussen de subsidie en andere instrumenten waarbij de overheid geld verstrekt te verduidelijken. In die zin vormt haar voorstel een belangrijke aanzet om duidelijkheid te creëren bij het onderscheiden tussen de overheidsop-

684. *Kamerstukken II 1993/94*, 23700, nr. 3, p. 31.

685. *Kamerstukken II 1993/94*, 23700, nr. 3, p. 34; zie uitgebreid bijv.: Van den Brink 2012, p. 524 e.v.

686. Jacobs 1999, p. 31; Den Ouden 2002, p. 24; Den Ouden, Jacobs & Verheij 2011, p. 14; Van den Brink & Den Ouden, *NJB* 2016/2000.

687. *Kamerstukken II 1993/94*, 23700, nr. 3, p. 35.

688. Jacobs 1999, p. 31; zie ook p. 42.

689. Overigens geldt voor studiefinanciering dat gesproken kan worden van een gemengd karakter, maar dat het element van inkomensvoorziening overheerst. Deze is er immers ook wel voor bedoeld om eventuele belemmeringen voor een potentiële student weg te nemen bij zijn beslissing om te gaan studeren, en dus in zekere zin te bewegen tot een activiteit.

dracht en de subsidie, zoals dat centraal staat in dit onderzoek; daarover hierna meer.

Het vijfde element omvat de gesubsidieerde die in de definitie is omschreven als de ‘aanvrager’. Dit kan iedereen zijn. Hieronder kunnen vallen ondernemers of instellingen, zoals jeugdzorginstellingen en andere zorgaanbieders, maar ook particulieren of burgerinitiatieven die met het oog op bepaalde activiteiten een subsidie aanvragen. Dit is alleen anders als het een bijzondere subsidieregeling betreft waarin aan de hand van criteria is bepaald wie voor een subsidie in aanmerking komen. Zoals hiervoor reeds genoemd zijn daarnaast financiële verstrekkingen aan publiekrechtelijke rechtspersonen van de subsidietitel uitgezonderd.<sup>690</sup>

Ten slotte omvat het zesde en laatste element de zinsnede: ‘anders dan als betaling voor aan het bestuursorgaan geleverde goederen of diensten’. Deze laatste zinsnede uit de subsidiedefinitie ziet op het uitzonderen van activiteiten die een betaling betreffen voor het leveren van goederen of diensten aan een bestuursorgaan. Hoewel niet expliciet is vermeld dat het hier gaat om overheidsopdrachten voor goederen of diensten, zal een betaling voor goederen of diensten doorgaans als zodanig moeten worden aangemerkt.<sup>691</sup>

In de memorie van toelichting bij de derde tranche Awb is onder meer uitgelegd dat deze zinsnede is bedoeld om commerciële transacties waarbij de overheid partij is buiten het subsidie-begrip te houden.<sup>692</sup> Onder betaling dient volgens de memorie van toelichting te worden verstaan: het leveren van een tegenprestatie die is afgestemd op de waarde van de verkregen goederen of diensten in het economisch verkeer. Wel is daarbij aangetekend dat dit niet betekent dat iedere betaling die, gelet op de geldende marktprijs, wellicht aan de hoge kant is, altijd als een subsidie moet worden aangemerkt. De waarde in het economisch verkeer is immers lang niet altijd exact vast te stellen en de overheid heeft een zekere vrijheid bij het bepalen van de prijs die zij wil betalen.<sup>693</sup> De wetgever lijkt met deze toevoeging aan de subsidie-definitie een zekere scheidslijn te willen trekken tussen de subsidie en de (overheids)opdracht, bestaande uit het verband tussen betaling en prestatie. Hierbij zal ik in paragraaf 4.2.1.2 wat langer stilstaan nu dit element van de subsidie-definitie wel als aanknopingspunt wordt gebruikt om de subsidie van de (overheids)opdracht te onderscheiden; iets waarbij echter, vanwege de EU-definitie van de overheidsopdracht zoals besproken in het vorige hoofdstuk, vraagtekens moeten worden geplaatst.

Van belang is ten slotte dat door Jacobs is opgemerkt dat deze toevoeging ‘anders dan als betaling voor aan het bestuursorgaan geleverde goederen of diensten’, zo dient te worden begrepen dat een subsidie geen rechtstreekse tegenprestatie voor geleverde goederen of diensten is en dat de subsidieontvanger daarmee nimmer verplicht is de gesubsidieerde activiteiten te verrichten.<sup>694</sup> Jacobs stelt vast dat het kenmerkende verschil tussen de subsidie en andere vormen van geldverstrekking erin bestaat dat het bij een subsidie gaat om het stimuleren van bepaalde activitei-

690. Daar is overigens in de jaren negentig van de vorige eeuw wel discussie over geweest in de Tweede Kamer, zie: Jacobs 1998, p. 17 e.v.

691. Zie bijv. voor enkele uitzonderingen in art. 10 Richtlijn 2014/24/EU.

692. *Kamerstukken II* 1993/94, 23700, nr. 3, p. 33.

693. *Idem*.

694. Jacobs 1999, p. 30.

ten; bij andere vormen zou het dan gaan om een verplichting om de activiteit uit te voeren. Jacobs deed in 1998 dan ook een voorstel om de subsidie-definitie te wijzigen, waarin dit belangrijke onderscheidende aspect, namelijk dat het bij een subsidie gaat om het stimuleren van activiteiten (en dus niet om een verplichting), in de definitie wordt opgenomen.<sup>695</sup> Op dit voorstel zal ik in hoofdstuk 9 terugkomen omdat ik van mening ben dat een dergelijke wijziging in de subsidie-definitie, maar dan enigszins aangepast, zeer op zijn plaats zou zijn.

Ook Den Ouden wijst erop dat het verschil tussen een subsidie en een commerciële transactie moet worden gezocht in het karakter van de subsidie als instrument, namelijk als een instrument waarmee bepaalde activiteiten (enkel) worden gestimuleerd of gestuurd; bij een betaling voor een opdracht gaat om een (afdwingbare) verplichting.<sup>696</sup>

#### *Juridisch kader subsidies*

Op grond van art. 4:21 Awb moeten alle geldverstrekkingen die zijn aan te merken als een subsidie voldoen aan de bepalingen uit de subsidietitel. Zo regelt de subsidietitel dat voor een subsidieverstrekking in een wettelijke grondslag moet worden voorzien, is er een regeling over een subsidieplafond en de op te leggen subsidieverplichtingen en worden de voorwaarden voor wijziging, intrekking en terugvordering van een subsidie geregeld. Ook is neergelegd dat de subsidie wordt verstrekt door middel van twee besluiten, zowel een verleningsbesluit waardoor een aanspraak op financiële middelen bestaat voor aanvang van de gesubsidieerde activiteiten, als een vaststellingsbesluit na afloop van die activiteiten. Daarnaast is op subsidies ook hoofdstuk 1, 2 en 3 en titel 1 van hoofdstuk 4 van de Awb van toepassing. Dit betekent onder meer dat de bepalingen met definities en reikwijdte van de Awb daarop van toepassing zijn (hoofdstuk 1), evenals de bepalingen die het verkeer tussen burgers en bestuursorganen regelen, zoals de onpartijdigheid van het bestuursorgaan en de geheimhoudingsplicht (hoofdstuk 2) en de algemene bepalingen over besluiten, zoals de vereisten van een zorgvuldigheid en belangenafweging (hoofdstuk 3). Ten slotte staan in titel 1 van hoofdstuk 4 enkele bijzondere bepalingen rondom beschikkingen, zoals de wijze waarop een aanvraag moet worden ingediend en behandeld. Daarbij moeten bestuursorganen bij het verstrekken van subsidies zich ook houden aan de abbb, die voor een groot deel in de Awb zijn gecodificeerd, zoals: het zorgvuldigheidsbeginsel (art. 3:2 Awb), het verbod van *détournement de pouvoir* (art. 3:3 Awb), het evenredigheidsbeginsel (art. 3:4 Awb) en het motiveringsbeginsel (art. 3:46 en 3:47 Awb). Als ongeschreven beginselen van behoorlijk bestuur zijn aan te merken het gelijkheids- en het rechtszekerheidsbeginsel. Volgens Den Ouden spelen deze beginselen een belangrijke rol, en zullen zij in de praktijk vaak het belangrijkste normatieve kader zijn, waaraan subsidieverplichtingen door de bestuursrechter (kunnen) worden getoetst.<sup>697</sup>

Ten slotte zij nog opgemerkt dat een subsidie ook moet voldoen aan de EU-regels inzake staatssteun zoals neergelegd in art. 107 VWEU en aan de diverse EU-regelgeving die deze regels verder uitwerkt.

695. Jacobs 1999, p. 42.

696. Den Ouden 2002, p. 30.

697. Den Ouden 2002, p. 265 e.v.

Op grond van art. 107 VWEU geldt namelijk dat elke steunmaatregel, waaronder dus ook subsidies als bedoeld in titel 4.2 Awb (kunnen) vallen, verboden is, als die steun de mededinging door begunstiging van bepaalde ondernemingen of bepaalde producten vervalst of dreigt te vervalsen, en voor zover deze steun het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig beïnvloedt.<sup>698</sup> Bij het verlenen van een subsidie moet dus ook altijd worden getoetst of de steunmaatregel verenigbaar is met de interne markt op grond van art. 107 VWEU. Daarbij dient te worden opgemerkt dat deze staatssteunregulering een ruimere omschrijving hanteert dan de subsidie-definitie, als het gaat om steunmaatregelen in elke vorm, en dus anders dan de subsidie-definitie ook subsidies in natura omvat. Op de toepassing van art. 107 VWEU en aanpalende regelgeving (waarin ook in uitzonderingen is voorzien), is voor zover van belang in hoofdstuk 2, met name in paragraaf 2.5.3, reeds ingegaan.

#### 4.2.1.2 *Aanwijzingen ontleend aan subsidie-begrip leiden tot verkeerde conclusies over scheidslijn tussen subsidie en overheidsopdracht*

Zoals in de vorige paragraaf al kort is aangestipt, sluit de subsidie-definitie van haar reikwijdte uit activiteiten van de overheid die een betaling betreffen voor het leveren van goederen of diensten aan een bestuursorgaan. Zoals ook blijkt uit de memorie van toelichting bij art. 4:21 Awb is daarmee in zekere zin gepoogd een scheidslijn te trekken tussen een subsidie en een betaling of commerciële transactie. In de memorie van toelichting is tevens onderkend dat het onderscheid daartussen niet altijd even makkelijk is vast te stellen.<sup>699</sup> Daarom worden in de toelichting vervolgens ook verdere aanwijzingen gegeven hoe – concreet – het onderscheid kan worden gemaakt tussen een subsidie en een betaling voor goederen of diensten. Ik ga daarop hieronder wat dieper in. Deze aanwijzingen worden namelijk ook in de rechtspraak gehanteerd om te bepalen of sprake is van een subsidie dan wel van een betaling voor geleverde goederen of diensten. Daarnaast worden ze vervolgens in de literatuur en de praktijk gebruikt om het onderscheid tussen een subsidie en een overheidsopdracht in een concreet geval te kunnen maken; ik noemde reeds enkele voorbeelden in paragraaf 4.1 zoals de *Handreiking Aanbesteden WMO 2015 en Jeugdwet* van PIANOo, het expertisecentrum aanbesteden van de overheid.<sup>700</sup>

Deze aanwijzingen houden echter geen rekening met de EU-definitie van de overheidsopdracht, zoals besproken in paragraaf 3.5. Met het gebruik van deze aanwijzingen wordt dan ook miskend dat de definitie van de EU-overheidsopdracht voortgaat op de nationale definitie van de subsidie en dat enkel aan de hand van de EU-overheidsopdracht het onderscheid tussen de overheidsopdracht en de subsidie juridisch doorslaggevend kan worden bepaald. Deze aanwijzingen kunnen daarbij tot verkeerde conclusies leiden over de vraag of in een concreet geval sprake is van een overheidsopdracht of subsidie. Welke scheidslijnen wel doorslaggevend zijn bespreek ik nader in paragraaf 4.3.

698. Zie hierover ook: Manunza 2001, p. 120.

699. Idem.

700. Zie bijv.: Drahmman 2015, p. 154; Van den Brink & Den Ouden, *NJB* 2016/2000, p. 2892; Huisman & Van Ommeren 2019, p. 393 e.v.; Ten Kate & Van den Ende, *Gst.* 2006/149; *Handreiking Aanbesteden WMO 2015 en Jeugdwet 2017*; *Handreiking PIANOo 2017*.

Wat betreft de aanwijzingen worden in de memorie van toelichting de volgende elementen van belang geacht om het onderscheid tussen een subsidie en een betaling te kunnen maken; overigens is daarbij opgemerkt dat de aard van de rechtsverhouding in een voorkomend geval moet worden vastgesteld aan de hand van de omstandigheden van het concrete geval:

- i. of er tussen de (geld)ontvanger en derden één of meer markttransacties kunnen worden aangewezen, die (mede) uit de geldverstrekking worden bekostigd. Dit zou een aanwijzing vormen dat sprake is van een subsidie. Bij de levering van goederen en diensten aan een bestuursorgaan zou de verstrekking van financiële middelen daarentegen niet gericht zijn op het bekostigen van een transactie tussen het bestuursorgaan en een derde;
- ii. de hoogte van het door de overheid verstrekte bedrag. Bij een commerciële transactie (of overheidsopdracht) zou dat bedrag veelal de kosten van de activiteit plus een zekere winstmarge dekken en bij een subsidie ten hoogste de kosten;
- iii. van welke partij het initiatief voor het verrichten van de activiteit is uitgegaan. Ligt het initiatief bij degene die de activiteit verricht, dan zou dat een aanwijzing vormen dat sprake is van een subsidie. Ligt het initiatief bij de opdrachtgever/overheid, dan vormt dat een aanwijzing dat sprake is van een betaling;
- iv. bijkomende omstandigheden. In de memorie van toelichting wordt het maken van afspraken (over de publicatie van een onderzoek) als voorbeeld genoemd. Hiermee zou bedoeld kunnen zijn dat als dwingende afspraken worden gemaakt, dat een aanwijzing kan zijn dat sprake is van een betaling voor geleverde diensten of goederen, en als dat niet het geval is, dat sprake is van een subsidie.<sup>701</sup>

Als deze aanwijzingen worden gehanteerd om vast te stellen of sprake is van een overheidsopdracht of van een subsidie dan leidt dit tot verkeerde conclusies. Wat aanwijzing (i) betreft, geldt dat deze juist bij het organiseren van sociale diensten tot een verkeerde conclusie kan leiden. Bij sociale diensten is namelijk steeds sprake van het leveren van diensten aan een derde: de cliënt. Dit levert echter met het oog op de EU-definitie van de overheidsopdracht geen aanwijzing op dat financiële verstrekkingen een subsidie zouden zijn. Het kan evengoed gaan om een overheidsopdracht. Ook wat aanwijzingen (ii) en (iii) betreft, geldt dat als sprake is van een (gedeeltelijke) kostenvergoeding dan wel als het initiatief ligt bij degene die de activiteit gaat verrichten, nog steeds sprake kan zijn van een overheidsopdracht. Deze elementen zijn met het oog op de EU-definitie zoals besproken in paragraaf 3.5 van het vorige hoofdstuk immers niet relevant om vast te stellen of sprake is van een overheidsopdracht. Om vast te stellen of sprake is van een overheidsopdracht in de zin van de aanbestedingsrichtlijnen, gaat het er namelijk om dat wanneer aan de criteria van een overheidsopdracht is voldaan gesproken moet worden van een overheidsopdracht. Deze definitie kent een veel ruimere reikwijdte dan de hiervoor genoemde aanwijzingen. Al deze aanwijzingen komen daarmee duidelijk niet overeen met het EU-begrip overheidsopdracht en kunnen tot verkeerde conclusies leiden over het onderscheid tussen de overheidsopdracht en de subsidie.

701. Kamerstukken II 1993/94, 23700, nr. 3, p. 33.

Nu deze aanwijzingen door de wetgever zijn gegeven, is het echter niet verwonderlijk dat deze ook terug te zien zijn in de bestuursrechtspraak als de bestuursrechter wordt gevraagd te oordelen of sprake is van een subsidie dan wel een betaling of opdracht.<sup>702</sup> Daarbij zij opgemerkt dat in deze zaken veelal sprake is van de vraag of bij een geweigerde of ingetrokken subsidie dan wel een vermindering van de 'subsidie' sprake is van een subsidie in de zin van de Awb of dat moet worden gesproken van een opdracht in de zin van het BW; partijen stellen dus in die zaken niet dat sprake is van een overheidsopdracht als bedoeld in de Aanbestedingswet. Klagers wensen bij de bestuursrechter vooral op te komen tegen het feit dat de overheid hun subsidierelatie heeft beëindigd of anderszins heeft ingevuld. In dat verband is het begrijpelijk dat de bestuursrechter doorgaans niet ingaat op de vraag of sprake is van een aanbestedingsplichtige overheidsopdracht. Het feit dat deze aanwijzingen vervolgens in de praktijk en de literatuur worden gebruikt om de (overheids)opdracht en de subsidie van elkaar te onderscheiden, leidt er echter toe dat geen rekening wordt gehouden met de reikwijdte van de EU-definitie van de overheidsopdracht, aan de hand waarvan geheel andere scheidslijnen (en aanwijzingen) moeten worden gebruikt.

Zo worden in de literatuur wat betreft dit onderscheid tussen de overheidsopdracht en de subsidie bijvoorbeeld de zaken *Stichting Catalpa*, *Hanseland* en *ingebruikgevingsovereenkomst sportcomplex* aangehaald; ik zal op deze zaken dan ook kort ingaan.<sup>703</sup> In de zaak *Stichting Catalpa* wordt de financiering door B&W in het kader van een regeling voor kinderopvang aan de Stichting Catalpa, door de bestuursrechter als een subsidie en niet als betaling voor geleverde diensten aangemerkt.<sup>704</sup> Beslissend voor het oordeel van de rechter was dat de betaalde bedragen niet strekten tot vergoeding van de werkelijke kosten, maar slechts tot een tegemoetkoming daarin, gerelateerd aan het forfaitaire bedrag dat de minister van Sociale Zaken per kinderopvangplaats bij wijze van subsidie aan de gemeente uitkeert.<sup>705</sup> Hier wordt dus de hoogte van het bedrag en het verband tussen deze betaling en de uitgevoerde activiteiten als aanwijzing gebruikt: aanwijzingen die in het licht van de EU-definitie van de overheidsopdracht irrelevant zijn.

Dat de hierboven genoemde aanwijzingen die de wetgever in de memorie van toelichting bij de Awb heeft gegeven, een rol spelen in rechtszaken is nog duidelijker zichtbaar in de zaak *Hanseland*.<sup>706</sup> In deze zaak ligt de vraag voor of een projectvoorstel behorend bij het programma samenwerking Oost-Europa (PSO) van de Economische Voorlichtingsdienst (EVD), een agentschap van het ministerie van Economische Zaken, een voorstel vormt voor een opdracht of een aanvraag voor een subsidie.

- 
702. Van den Brink & Den Ouden 2016; zie bijvoorbeeld: ABRvS 12 september 2001, ECLI:NL:RVS:2001:AN6776 (*Catalpa*), AB 2001/335, m.nt. N. Verheij, CbB 9 juli 2008, ECLI:NL:CBB:2008:BD8180 (*Hanseland*), AB 2008/340, m.nt. J.R. van Angeren; ABRvS 23 maart 2016, ECLI:NL:RVS:2016:803 (*ingebruikgevingsovereenkomst sportcomplex*), AB 2016/286, m.nt. A. Drahmman.
703. Zie o.a.: Van den Brink & Den Ouden 2016; Drahmman 2015; Huisman & Van Ommeren 2019, p. 393 e.v.
704. Zie: ABRvS 12 september 2001, AB 2001, 335, ECLI:NL:RVS:2001:AN6776 m.nt. N. Verheij (*Stichting Catalpa*).
705. ABRvS 12 september 2001, AB 2001, 335, ECLI:NL:RVS:2001:AN6776, r.o. 2.6.2.
706. CbB 9 juli 2008, ECLI:NL:CBB:2008:BD8180 (*Hanseland*), AB 2008/340, m.nt. J.R. van Angeren.

Het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBB) oordeelt aan de hand van verschillende van bovengenoemde aanwijzingen – waarvan een aantal overigens worden aangedragen door partijen in deze zaak – dat sprake is van een subsidie. Daarbij is van belang te vermelden dat appellante in deze zaak zich in eerste instantie tot de civiele rechter heeft gewend. Deze rechter heeft zich echter onbevoegd verklaard omdat de PSO-investeringsbijdrage die appellante heeft beoogd voor haar project te verkrijgen, als een subsidie als bedoeld in titel 4.2 Awb zou moeten worden aangemerkt. Om een inhoudelijke toetsing van de feiten in deze zaak te krijgen, is de bestuursrechtelijke weg de enige overgebleven route.<sup>707</sup> Dit kan in deze zaak een rol hebben gespeeld bij de beoordeling.

Onder meer is volgens het CBB bij het vaststellen of sprake is van een subsidie van belang dat met de PSO-regeling vooral een algemeen belang wordt gediend en dat de betalingen die in het kader van de regeling worden gedaan geen commercieel karakter hebben.<sup>708</sup> Hier wordt dus ook de vraag of er een algemeen belang wordt gediend als een (nieuwe) aanwijzing gebruikt om het onderscheid te kunnen maken. Annotator Van Angeren betwijfelt terecht of dit criterium doorslaggevend kan zijn, aangezien alle handelingen die de overheid verricht geacht worden in het algemeen belang te zijn.<sup>709</sup>

Wat de andere aanwijzing betreft, overweegt het CBB dat het gegeven dat niet de werkelijke kosten van het project maar slechts de helft van de daaraan verbonden kosten worden gefinancierd, een aanwijzing is dat sprake is van subsidie. In geval van betaling voor aan hem geleverde goederen of diensten, zou het door verweerder verstrekte bedrag niet alleen de kosten van de activiteit moeten dekken, maar ook een zekere winstmarge.<sup>710</sup> Het CBB gaat vervolgens ook in op de aanwijzing van wie het initiatief kwam; deze aanwijzing vindt het CBB in dit geval een onvoldoende onderscheidend criterium om te bepalen of sprake is van een subsidie of betaling.<sup>711</sup> Dit zou hier ook in het nadeel van appellante uitvallen: het initiatief ligt hier duidelijk bij de overheid.

In deze zaak gebruikt de rechter voor zijn toets dus de aanwijzingen uit de memorie van toelichting. Deze gehanteerde aanwijzingen om vast te stellen of sprake is van een opdracht of subsidie, houden echter geen rekening met het EU-begrip overheidsopdracht in de zin van de aanbestedingsrichtlijnen. Wanneer deze aanwijzingen in de praktijk worden overgenomen om te bezien of sprake is van een subsidie kan dat tot verkeerde conclusies leiden ten aanzien van het instrument waarvan sprake is. Bovendien kan dit ook tot verkeerde conclusies leiden over het toepasselijke recht en de bevoegde rechter.

Een interessante uitspraak is in dit verband ten slotte de zaak *ingebruikgevingsovereenkomst sportcomplex*.<sup>712</sup> In deze zaak heeft de gemeente Loon op Zand met HV DESK

707. Zie art. 70 Rv, de bestuursrechter is aan een dergelijke uitspraak van de civiele rechter gebonden.

708. *Hanseland*, r.o. 5.1.1.

709. Zie o.a.: ABRvS 21 december 2005, ECLI:NL:RVS:2005:AU8444, AB 2006, 252, m.nt. B.P.M. van Ravels.

710. *Hanseland*, r.o. 5.1.3.

711. *Hanseland*, r.o. 5.1.4.

712. ABRvS 23 maart 2016, ECLI:NL:RVS:2016:803 (*ingebruikgevingsovereenkomst sportcomplex*), AB 2016/286, m.nt. A. Drahmans/JB 2016/93, J.A.F. Peters, JIN 2016/143; zie vergelijkbaar: ABRvS 23 maart 2016, ECLI:NL:RVS:2016:801.



een ingebruikgevingsovereenkomst gesloten. Daarbij heeft de gemeente het handbalcomplex op sportpark Eikendijk te Kaatsheuvel aan HV DESK in gebruik gegeven en heeft HV DESK de verplichting op zich genomen om het complex tegen een door de gemeente te betalen vergoeding in ten minste de conditie te houden zoals vastgesteld bij het aangaan van de overeenkomst. In feite betaalt de gemeente hier dus een bedrag op basis waarvan HV DESK het sportcomplex mag gebruiken en moet onderhouden. Voorheen huurde HV DESK het handbalcomplex van de gemeente op basis van een huurovereenkomst; de ingebruikgevingsovereenkomst diende ter vervanging van die huurovereenkomst. Daarbij is van belang dat het onderhoud tot 1999 door de gemeente werd uitbesteed aan een derde. Om te bezuinigen op de kosten van het onderhoud is met de ingebruikgevingsovereenkomst overeengekomen dat HV DESK tegen een vergoeding zelf voor het onderhoud zou zorgen.

Aanleiding voor deze zaak is dat *in casu*, ook uit het oogpunt van bezuiniging, de gemeente ertoe over gaat de ‘subsidies’ voor buitensport, zoals die aan HV DESK, in de periode 2014 tot 2023 te halveren. Volgens HV DESK kan de betaling in dit verband echter niet als een subsidie worden aangemerkt, omdat de betaling is gedaan wegens aan de gemeente geleverde goederen of diensten. Volgens HV DESK is de aanspraak op financiële middelen een tegenprestatie voor de verplichting die HV DESK op zich heeft genomen, namelijk het onderhoud van het bij de gemeente in eigendom zijnde handbalcomplex.

In deze zaak komt de ABRvS tot de conclusie dat geen sprake is van een subsidie maar van een vergoeding voor geleverde diensten.<sup>713</sup> Van belang is daarbij dat de Afdeling overweegt: ‘relevant is niet de benaming van de vergoeding door het college, maar de juridische grondslag daarvan’. Echter, hoewel de Afdeling tot de conclusie komt dat geen sprake is van een subsidie, worden ook hier de bovengenoemde aanwijzingen uit de memorie van toelichting gehanteerd.<sup>714</sup> Zo wordt het feit meegewogen dat het initiatief om de verplichting tot groot onderhoud aan de huurder over te dragen, van de overheid kwam. Daarnaast wordt ook in deze zaak van belang geacht dat de hoogte van de vergoeding is bepaald aan de hand van de kosten die het uitvoeren van deze verplichting mee zou brengen en uiteindelijk in onderling overleg is vastgesteld op 90% van het bedrag dat de gemeente voorheen betaalde aan een commerciële partij, exclusief een jaarlijks vast te stellen indexering. Volgens de Afdeling is deze aan HV DESK betaalde vergoeding daarmee een reële tegenprestatie voor het verrichte onderhoud. Er bestaat aldus volgens de Afdeling een rechtstreeks verband tussen de betaling en het uitvoeren van een onderhoudsverplichting, wat van belang zou zijn voor het onderscheiden van de subsidie en een betaling.

Naast het gebruik van deze aanwijzingen die geen rekening houden met de EU-definitie van de overheidsopdracht, geldt tevens dat deze opdracht dus mogelijk had moeten worden aanbesteed; iets waar deze rechter vanwege de aard van de klacht van HV DESK in het geheel niet op in gaat.

713. *Ingebruikgevingsovereenkomst sportcomplex*, r.o. 8.3.

714. *Ingebruikgevingsovereenkomst sportcomplex*, r.o. 8.3.

Overigens zijn er ook zaken waarin de bestuursrechter wel beziet of er sprake is van een overeenkomst onder bezwarende titel, en dus van een overheidsopdracht, als bedoeld in de aanbestedingsrichtlijnen.<sup>715</sup> Toch leidt dit niet altijd tot een daadwerkelijke toetsing aan dat criterium. Zo oordeelt de Afdeling in een zaak waarin een aanvrager van een cultuursubsidie, Coach4kids, een subsidie wordt geweigerd omdat kortgezegd op het terrein van cultuur- en kunsteducatie al een kernvoorziening was aangewezen, namelijk Pier K die voldoende dekkende kunsteducatie aanbiedt, 'dat de enkele beleidskeuze voor de aanwijzing van Pier K als kernvoorziening geen schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel betreft en er reeds daarom geen overheidsopdracht is'. De Afdeling gaat er dus vanuit dat de keuze voor de rechtsvorm van een publiekrechtelijke aanwijzing reeds volstaat om te concluderen dat geen sprake is van een overheidsopdracht en toetst daarbij niet de materiële kenmerken van de onderhavige verhoudingen, die mogelijk wel degelijk als een overeenkomst in de zin van de aanbestedingsrichtlijnen kan worden aangemerkt.<sup>716</sup> Met het oog op de EU-definitie van de overheidsopdracht kan echter de nationale kwalificatie geen rol spelen. Ook hier wordt dus een verkeerd uitgangspunt gehanteerd om de overheidsopdracht van de subsidie te onderscheiden.

Mij zijn (nog) geen rechtszaken bekend dat de bestuursrechter voor sociale diensten heeft moeten oordelen of sprake is van een betaling dan wel overheidsopdracht of subsidie; er zijn op dat vlak dus ook geen voorbeelden waarin deze aanwijzingen worden gebruikt om de instrumenten subsidie en overheidsopdracht van elkaar te onderscheiden. Dat is wel opvallend, juist gezien het feit dat de subsidie, voor de inwerkingtreding van de Wmo 2007, in de Welzijnswet wettelijk was voorgeschreven als instrument om dergelijke diensten te organiseren. Onder de Welzijnswet (en andere wetten die als gevolg van de Wmo zijn gewijzigd of ingetrokken, zoals de Wet voorzieningen gehandicapten) zijn veel gemeentelijke zorginstellingen jarenlang met subsidiegelden gefinancierd.<sup>717</sup> Toen in 2007 de Wmo werd aangenomen, kregen gemeenten de vrijheid te kiezen tussen de subsidie of overheidsopdracht. Diverse gemeenten maakten toen de keuze om sociale diensten onder de Wmo te gaan organiseren door middel van het aanbesteden van een overheidsopdracht. Dit leidde tot zaken waarin de beëindiging van de subsidieovereenkomst bij de rechter ter discussie werd gesteld, maar zover bekend niet tot zaken waarin werd gesteld dat sprake zou zijn van een subsidie dan wel van een overheidsopdracht.<sup>718</sup>

Bij dit alles dient ten slotte een belangrijke kanttekening te worden geplaatst. De subsidietitel is tot stand gekomen in een andere tijd; in het licht van de toen geldende praktijk zijn de hiervoor weergegeven aanwijzingen in de memorie van toelichting over het onderscheid tussen de subsidie en 'commerciële transacties',

715. Zie ABRvS 20 oktober 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BO1191, AB 2011/232, m.nt. W. den Ouden, JB 2011/3, m.nt. M.J. Jacobs (*Coach4Kids*); ABRvS 6 januari 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BK8364, JOM 2010/631, *ABkort* 2010/19, OGR-Updates.nl 10-48 m.nt. Tycho Lam.

716. Zie hierover de annotatie van W. den Ouden, AB 2011/232, bij ABRvS 20 oktober 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BO1191 (*Coach4Kids*).

717. Zie hierover de annotatie van M. Nijhuis en W. den Ouden, AB 2009/369, bij ABRvS 10 juni 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BI7248.

718. ABRvS 10 juni 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BI7248, AB 2009/369, m.nt. M. Nijhuis en W. den Ouden; ABRvS 9 september 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BJ7186, AB 2010/87 m.nt. W. den Ouden.

beter te begrijpen. Titel 4.2 Awb is namelijk in de jaren negentig van de vorige eeuw opgesteld vanuit de gedachte dat het bij subsidiëring gaat om het ten laste van de openbare middelen bijdragen in de kosten van activiteiten die door de overheid om redenen van het algemeen belang wenselijk worden geacht; er werd daarbij niet ‘marktgericht’ gedacht.<sup>719</sup> Bij het stimuleren van dergelijke activiteiten vormde een gedeelde besluitvorming in veel gevallen dan ook een belangrijk uitgangspunt. In die tijd werd in subsidieverhoudingen de inhoud van de activiteiten waarvoor de subsidie werd gegeven, door de subsidieontvanger zelf, of in samenwerking met de overheid, geformuleerd.<sup>720</sup>

Daarnaast is terug te zien in de subsidietitel van de Awb dat de bescherming van de belangen van de overheid versus de subsidieontvanger centraal stonden; de concurrent van de subsidieontvanger komt nauwelijks aan bod in de tekst van titel 4.2 Awb of in de memorie van toelichting.<sup>721</sup> Zodoende moet de regeling van de subsidietitel en de toelichting daarop ook in een andere tijd worden geplaatst. Daarbij lijkt deze regeling minder goed te passen in de huidige tijd waarin tendensen zijn waar te nemen waarbij subsidies, dat wil zeggen de beschikbare gelden, ‘schaars’ zijn en niet langer worden verkregen op basis van goede verhoudingen met het bestuur, maar op basis van een *level playing field* met gelijke mededinging.<sup>722</sup> De wijze waarop de subsidietitel en de toelichting daarop zijn geformuleerd, sluit in die zin ook niet helemaal aan bij de huidige realiteit, zowel met het oog op de regulering van overheidsopdrachten alsook binnen het nationale subsidierecht.

#### 4.2.1.3 *De rechtsvorm van een subsidie: een eenzijdige beschikking of een meerzijdige overeenkomst?*

De subsidie is in de Awb neergelegd in de rechtsvorm van een beschikking. Bij de totstandkoming van de subsidietitel heeft de wetgever dit rechtsinstrument omschreven als een onderdeel van de publieke taakoefening, waarop het publiekrecht van toepassing behoort te zijn.<sup>723</sup> Op basis daarvan werd als uitgangspunt genomen dat subsidies in beginsel in de vorm van een beschikking worden verleend en vastgesteld.<sup>724</sup> Ook de intrekking, wijziging en de beslissing tot terugvordering of voorschotverlening van een subsidie gebeurt door een beschikking. De subsidietitel werd geplaatst in hoofdstuk 4 van de Awb, een hoofdstuk bedoeld voor bijzondere bepalingen over besluiten. In titel 4.1 is de algemene regeling voor beschikkingen te vinden.

Wat de rechtsvorm van beschikkingen betreft, geldt dat zij juridisch als een eenzijdige publiekrechtelijke rechtshandeling moeten worden aangemerkt. Een eenzijdige rechtshandeling kenmerkt zich door het feit dat het rechtsgevolg intreedt door de

719. Zie *Kamerstukken II* 1993/94, 23700, nr. 3, p. 25; zie hierover W. den Ouden (annotatie) bij ABRvS 20 oktober 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BO1191, AB 2011/232 (*Coach4Kids*).

720. Zie bijv.: CBB 9 juli 2008, ECLI:NL:CBB:2008:BD8180, AB 2008/340, m.nt. J.R. van Angeren (*Hanseland*); zie bijv. ook: Hirsch Ballin & Van Kreveld 1988.

721. W. den Ouden (annotatie) bij ABRvS 20 oktober 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BO1191, AB 2011/232 (*Coach4Kids*).

722. W. den Ouden (annotatie) bij ABRvS 20 oktober 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BO1191, AB 2011/232 (*Coach4Kids*).

723. *Kamerstukken II* 1993/94, 23700, nr. 3, p. 25; Jacobs 1999, p. 124; Den Ouden 2002, p. 92.

724. Zie art. 4:29 en 4:42 Awb; zie ook: *Kamerstukken II* 1993/94, 23700, nr. 3, p. 25.

al dan niet tot een wederpartij gerichte wilsuïting van één persoon.<sup>725</sup> Dat het gaat om een publiekrechtelijke rechtshandeling houdt in dat de handeling is gebaseerd op een wettelijk voorschrift, dan wel strekt tot uitvoering van een publieke taak.<sup>726</sup>

Onder rechtshandeling wordt vervolgens verstaan de handeling van een daartoe bevoegd bestuursorgaan, die gericht is op enig rechtsgevolg, zoals het ontstaan, wijzigen, tenietgaan of bindend bevestigen van een recht, aanspraak, verplichting, bevoegdheid of status.<sup>727</sup> Het gaat daarmee in feite om een bevoegdheid die exclusief is en niet aan iedere burger toekomt.<sup>728</sup> Tegenover publiekrechtelijke handelingen staan de privaatrechtelijke rechtshandelingen, die dus niet exclusief zijn, maar in beginsel aan iedere burger en ook aan de overheid toekomen.

Bij beschikkingen, zoals een subsidiebeschikking, gaat het om bestuursorganen die een exclusieve bevoegdheid uitoefenen, waarbij zij eenzijdig rechtsgevolgen in het leven roepen. Meer concreet als het gaat om een subsidie, ontstaat voor de aanvrager een recht op financiële middelen van de overheid als hij aan alle voorwaarden van de subsidieregeling voldoet.

Van belang is dat hierin op het eerste gezicht een belangrijk verschil met de overheidsopdracht zou kunnen worden gevonden. Bij een overheidsopdracht is, zoals besproken in paragraaf 3.5.3, immers sprake van een twee- of meezijdige rechtshandeling en niet van een eenzijdige rechtshandeling. Daarbij geldt dat de overheidsopdracht in Nederland is geregeld in het privaatrecht en dus ook een privaatrechtelijke rechtshandeling betreft en geen publiekrechtelijke rechtshandeling.<sup>729</sup>

Dit lijkt van belang voor het onderscheid tussen de overheidsopdracht en de subsidie.

Toch ligt dit iets genuanceerder dan dat het lijkt. In de literatuur bestaat namelijk al jaren discussie over de rechtsvorm van subsidies.<sup>730</sup> Volgens diverse auteurs moet de subsidie vooral worden gezien als een (begunstigende) beschikking, de rechtsvorm zoals die in de Awb is opgenomen.<sup>731</sup> Deze auteurs leggen de nadruk op het eenzijdige karakter van de beschikking tot subsidieverlening. Andere auteurs stellen echter dat bij een subsidie sprake is van een wederkerige overeenkomst of tweezijdige overheidshandeling. Bij een subsidie is in die visie naast de beschikking ook sprake van een aanvaarding daarvan door de subsidieontvanger.<sup>732</sup> Zij betogen dat op grond van de overeenkomst met de subsidieontvanger de subsidiënt de nakoming van de overeenkomst kan vorderen. Zo werd bijvoorbeeld door Hartog en Van Poelje in 1952 de subsidiërelatie reeds aangemerkt als een 'gecompliceerde verhouding' waarbij zowel sprake is van een gezagsuitoefening door de overheid als van

725. Zie o.a.: Spierings 2016, par. 2.2.3; Asser/Hartkamp & Sieburgh 2014.

726. Schlössels & Zijlstra 2010, p. 222.

727. Schlössels & Zijlstra 2010, p. 239.

728. Zie o.a. Bröring & De Graaf 2022, p. 173.

729. Daarbij zij opgemerkt dat het voor de EU-definitie van de overheidsopdracht irrelevant is of een lidstaat de overheidsopdracht in het privaatrecht dan wel publiekrecht heeft geregeld. In veel lidstaten is de overheidsopdracht in het bestuursrecht geregeld.

730. Zie *Kamerstukken II* 1993/94, 23700, nr. 3; zie o.a.: Van der Pot 1932, p. 201-301; Donner 1941; Hartog & Van Poelje, *Bestuurswetenschappen* 1952; Steenbeek 1961; Van Kreveld 1988; Hirsch Ballin 1988; Hartlief, *Stichting en Vereniging* 1995; Van Ommen 1996; zie hierover ook: Jacobs 1999; Den Ouden 2002. Meer algemeen, zie: Schlössels & Zijlstra 2010, p. 322.

731. Zie o.a.: Steenbeek 1961, p. 85; Hirsch Ballin 1988; Hartlief, *Stichting en Vereniging* 1995, p. 101.

732. Van Kreveld 1988, p. 163 e.v.; Hartog & Van Poelje, *Bestuurswetenschappen* 1952, p. 115 e.v.

wilsovereenstemming tussen de subsidiënt en de ontvanger.<sup>733</sup> Volgens deze auteurs moet de subsidie worden gezien als een tweezijdige overheidshandeling, omdat immers sprake is van zowel een element van beleid waarvoor de overheid alleen verantwoordelijkheid draagt, als van een element van wilsovereenstemming die tot wederzijdse aanspraken en verplichtingen leidt.<sup>734</sup>

Volgens Van Kreveld is sprake van een eenzijdig aanbod en een eenzijdige aanvaarding, dus beide eenzijdige rechtshandelingen, maar grijpen die twee zodanig op elkaar in dat er reden kan zijn om na de totstandkoming van de overeenstemming het accent te leggen op het meerzijdige karakter van de totale gebeurtenis van de twee in elkaar grijpende rechtshandelingen.<sup>735</sup>

Van Ommeren heeft de subsidie gekwalificeerd als een eenzijdige overeenkomst.<sup>736</sup> Net als Van Kreveld ziet Van Ommeren de verleningsbeschikking als een eenzijdige rechtshandeling van de overheid die door de burger kan worden aanvaard. Tegelijk ziet Van Ommeren echter de subsidieverhouding, die zowel bestaat uit een verleningsbeschikking als een aanvaarding, als een tweezijdige rechtshandeling waarbij van twee kanten wilsovereenstemming moet bestaan. In zijn visie ligt de eenzijdigheid van de overeenkomst in het feit dat de subsidieontvanger de mogelijkheid heeft de subsidie niet in gebruik te nemen.<sup>737</sup> Wanneer de subsidieontvanger zich bij de aanvaarding van de subsidiebeschikking echter niet-bevrijdbaar heeft verplicht tot het uitvoeren van de gesubsidieerde activiteiten (wat moet worden gezien als een uitzonderingssituatie aangezien volgens Van Ommeren bij een subsidie doorgaans sprake is van bevrijdbare verplichtingen), moeten de beschikking en de aanvaarding volgens hem worden gezien als een wederkerige overeenkomst. In dat geval kan dan ook nakoming van de beschikking worden gevorderd.<sup>738</sup>

Jacobs heeft de verleningsbeschikking en de aanvaarding daarvan als een wederkerige overeenkomst aangemerkt.<sup>739</sup> Daarbij is zij echter van mening dat hierdoor geen rechtens afdwingbare verbintenis tot uitvoering van de gesubsidieerde activiteiten ontstaat. Er ontstaan volgens Jacobs natuurlijke verbintenissen, waarvan de naleving op grond van art. 6:3 lid 2 BW niet afdwingbaar is.<sup>740</sup> Ook Jacobs ziet dus bij de subsidie een ruilhandeling, waarbij aan de ene kant de gesubsidieerde bepaalde activiteiten verricht, in ruil waarvoor het bestuursorgaan de subsidie verstrekt. Zij stelt daarbij echter dat de subsidieontvanger wel vrij blijft te beslissen of hij de activiteiten al dan niet gaat uitvoeren. Zo blijft volgens Jacobs het verschil tussen een betaling en een subsidie erin bestaan dat de subsidieverstrekker door middel van het verstrekken van subsidies beoogt potentiële ontvangers te stimuleren tot het verrichten van door de subsidieverstrekker gewenste activiteiten of het vertonen van een door de subsidieverstrekker gewenst gedrag, waarbij de ontvanger vrij blijft te beslissen of hij de activiteiten verricht of het gedrag vertoont waarvoor hij de subsidie heeft aangevraagd.<sup>741</sup>

733. Hartog & Van Poelje, *Bestuurswetenschappen* 1952, p. 115 e.v. Zie daarover ook Jacobs 1999, p. 114; Den Ouden 2002, p. 101.

734. Hartog & Van Poelje, *Bestuurswetenschappen* 1952, p. 115 e.v.

735. Van Kreveld 1988, p. 162.

736. Van Ommeren 1996, p. 348 e.v.

737. Van Ommeren 1996, p. 355.

738. Van Ommeren 1996, p. 371 e.v.

739. Jacobs 1999, p. 172.

740. Jacobs 1999, p. 173.

741. Jacobs 1999, p. 28.

Er is daarbij ook discussie over de vraag of het gebruik van het begrip ‘wederkerigheid’ in het publiekrecht *überhaupt* op zijn plaats is.<sup>742</sup> Zo zou de verhouding tussen de overheid te onbepaald zijn om in de relatie tussen de algemene overheid en burger te spreken van wederkerigheid. Ook zou de gedachte van een wederkerig bestuursrecht weinig recht doen aan het objectiefrechtelijke en eenzijdige karakter van het bestuursrecht.<sup>743</sup>

De wetgever heeft in de Awb echter gekozen voor de rechtsvorm van de beschikking. Toch heeft ook de wetgever niet voorbij willen gaan aan een praktijk waarin zowel subsidiebeschikkingen als subsidie-overeenkomsten voorkwamen en daarom tevens in een regeling voorzien waarbij, naast de beschikking tot subsidievaststelling en verlening, een overeenkomst kan worden gesloten.<sup>744</sup> Op grond van art. 4:36 Awb is het namelijk mogelijk dat ter uitvoering van de beschikking tot subsidieverlening een overeenkomst wordt gesloten. In het tweede lid is neergelegd dat in de overeenkomst kan worden bepaald dat de subsidieontvanger verplicht is de activiteiten te verrichten waarvoor de subsidie is verleend, tenzij bij wettelijk voorschrift anders is bepaald of de aard van de subsidie zich daartegen verzet. In de memorie van toelichting worden twee redenen gegeven voor deze regeling.<sup>745</sup> Allereerst worden bepaalde subsidies in de praktijk in de vorm van een overeenkomst verstrekt, het gaat bijvoorbeeld om krediet- en garantiesubsidies. Voor deze subsidies is ook reeds in het privaatrecht in regelingen voorzien. Ten tweede is in deze regeling voorzien om tegemoet te komen aan de behoefte die er in de praktijk bij overheden bestaat om subsidieontvangers te kunnen verplichten tot het verrichten van de activiteiten waarvoor subsidie wordt verstrekt.

Van belang is dat de wetgever in het voorontwerp van de subsidietitel zelfs had gekozen voor de mogelijkheid om een beschikkingsvervangende overeenkomst te sluiten.<sup>746</sup> Bij een beschikkingsvervangende overeenkomst kan in plaats van een beschikking een overeenkomst worden gesloten. Dit stuitte echter op veel kritiek, onder meer van de Raad van State.<sup>747</sup> Uiteindelijk heeft de wetgever voorzien in een regeling waarbij in ieder geval een beschikking wordt afgegeven en eventueel kan worden voorzien in een uitvoeringsovereenkomst op grond van art. 4:36 Awb.

Samengevat, zoals in het vorige hoofdstuk in paragraaf 3.5 is besproken, moet het onderscheid tussen de overheidsopdracht en de subsidie aan de hand van de EU-definitie van de overheidsopdracht worden bepaald. In paragraaf 3.5.3 bleek dat het bij een overheidsopdracht moet gaan om een overeenkomst onder bezwarende titel: een wederkerige verhouding dus. Aangezien de subsidie een eenzijdige rechtshandeling betreft (beschikking), lijkt dit een duidelijke scheidslijn tussen de overheidsopdracht en de subsidie weer te geven. De literatuur laat echter zien dat ook de subsidie duidelijk elementen van wederkerigheid in zich heeft. Bovendien is in de Awb de mogelijkheid neergelegd om een uitvoeringsovereenkomst te sluiten

742. Zie hierover Den Ouden 2002, p. 104 e.v.; zie ook: Schlössels & Zijlstra 2010, p. 322.

743. Schlössels & Zijlstra 2010, p. 324.

744. Zie hierover ook Jacobs 1999, p. 124; Den Ouden 2002, p. 93.

745. *Kamerstukken II* 1993/94, 23700, nr. 3, p. 26 en 61.

746. Zie Voorontwerp Algemene wet bestuursrecht derde tranche, Den Haag 1991.

747. *Kamerstukken II* 1993/94, 23700, A, p. 30 e.v. (commentaar Raad van State); zie ook: Konijnenbelt, *Regelmaat* 1992, p. 65; Scheltema, *WPNR* 1992, p. 958-963.

bij de subsidie, waardoor die wederkerigheid ontstaat. Het is dan ook noodzakelijk om de EU-definitie van de overheidsopdracht als leidend te zien bij het onderscheiden tussen de overheidsopdracht en de subsidie: als sprake is van de verschillende wettelijke en jurisprudentiële criteria als besproken in paragraaf 3.5 – en hierna in paragraaf 4.3 verder wordt uitgewerkt ter onderscheid met de subsidie en de vergunning – is sprake van een overheidsopdracht. Daarbij kan de wederkerigheid van de subsidie ertoe leiden dat een wederkerige verhouding ontstaat die kwalificeert als een overeenkomst onder bezwarende titel als bedoeld bij de overheidsopdracht. Alleen zo kan immers het onderscheid tussen de instrumenten juridisch doorslaggevend worden gemaakt.

#### 4.2.2 **De vergunning: instrument om de uitoefening van activiteiten te reguleren**

##### 4.2.2.1 *Definitie en werking van het vergunning-instrument*

Voor de vergunning is in de Awb niet voorzien in een bijzondere regeling zoals bij de subsidie het geval is. In de Awb is dan ook geen definitie van de vergunning te vinden. Dat is opmerkelijk nu er veel gebruik wordt gemaakt van vergunningen en het instrument ook in centrale en decentrale (bijzondere) wetgeving veel voorkomt. De vergunning (in ruime zin) is immers een van de meest gebruikte juridische middelen om de gedragingen van burgers en ondernemers te sturen.<sup>748</sup> Schlössels & Zijlstra delen vergunningen als instrument in onder de categorie ‘eenzijdig dwingende middelen, waarbij door een bestuursorgaan een uitzondering wordt gemaakt op een algemeen verbod of gebod’.<sup>749</sup>

Op basis van de wetgevingspraktijk en dogmatiek onderscheiden zij vervolgens de vergunning, vrijstelling, ontheffing en de concessie. Daarbij omschrijven zij de vergunning als ‘een uitzondering op een verbod ter zake van handelingen die de overheid op zichzelf niet onwenselijk acht, maar die zij alleen op een bepaalde wijze wil doen plaatsvinden’.<sup>750</sup> De vrijstelling vormt het spiegelbeeld van de vergunning, als die wordt omschreven als een uitzondering op een algemeen gebod. Een klassiek voorbeeld daarvan is de vrijstelling van de dienstplicht, zoals die vroeger bestond. Daarnaast onderscheiden zij de ontheffing als een uitzondering op een verbod of gebod op handelen dan wel nalaten waar de overheid in beginsel wél afwijzend tegenover staat, en die zij alleen in uitzonderlijke gevallen wil toestaan. Een voorbeeld van dit laatste is een ontheffing om de milieuzone in een stad in te mogen rijden met een voertuig dat niet aan de gestelde milieueisen voldoet. De concessie ziet volgens Schlössels & Zijlstra op gevallen waarin de overheid de handeling in het algemeen belang noodzakelijk acht en deze onder bepaalde voorwaarden door een particulier laat verrichten; deze laatste is het dan niet alleen toegestaan, maar ook verplicht een activiteit te verrichten. Daarnaast wijzen zij erop dat de categorie uitzonderingen op een bij of krachtens de wet gesteld wettelijk verbod in nog meer varianten kan voorkomen, zoals bijvoorbeeld de wettelijk

748. Schlössels & Zijlstra 2010, p. 816.

749. Schlössels & Zijlstra 2010, p. 811.

750. Schlössels & Zijlstra 2010, p. 812; zie Adriaanse e.a. 2016, p. 9.

verplichte keuring of certificering, opneming in een register en de erkenning. Schlössels & Zijlstra noemen al deze vormen samen ‘de vergunning in ruime zin’.

Ook in de Aanwijzingen voor de regelgeving, een regeling voor wetgevingsjuristen van de centrale overheid bij het opstellen van regelgeving, wordt een dergelijk onderscheid aangebracht.<sup>751</sup> In Aanwijzing 5.17 van deze regeling wordt de vergunning kortweg aangemerkt als een beschikking waarbij een bepaalde handeling wordt toegestaan (i), de vrijstelling als een besluit waarbij een uitzondering op een wettelijk verbod of gebod wordt gemaakt voor een categorie van gevallen (ii), en de ontheffing een beschikking waarbij in een individueel geval een uitzondering op een wettelijk verbod of gebod wordt gemaakt (iii). Daarnaast is in de Aanwijzingen voor de regelgeving ook de erkenning toegevoegd als apart te onderscheiden begrip. Deze houdt volgens de Aanwijzingen een beschikking in waarbij wordt vastgesteld dat een persoon of instelling aan bepaalde eisen voldoet (iv).

Het onderscheiden van de erkenning van de vergunning kan overigens relevant zijn bij het organiseren van sociale diensten, in die zin dat het enkele vaststellen dat een jeugdzorginstelling aan de gestelde kwaliteitseisen voldoet, moet worden aangemerkt als een erkenning en het toestaan van die jeugdzorgaanbieder deze dienst in het kader van een vergunningstelsel uit te oefenen, als een vergunning.

De Dienstenrichtlijn gaat uit van een ruime definitie van de vergunning. Volgens deze definitie is een vergunningstelsel:

*‘elke procedure die voor een dienstverrichter de verplichting inhoudt om bij een bevoegde instantie stappen te ondernemen ter uitdrukkelijke of stilzwijgende toestemming voor de toegang tot of de uitoefening van een dienstenactiviteit.’<sup>752</sup>*

Hieronder vallen dus ook de hiervoor genoemde alternatieve vormen die van de vergunning kunnen worden onderscheiden.<sup>753</sup> In dit onderzoek zullen echter de vrijstelling en de ontheffing niet meer verder aan de orde komen. De erkenning komt zijdelings ter sprake, omdat er bij sociale diensten regelmatig sprake kan zijn van dergelijke regelingen. Het accent ligt echter op de vergunning als een instrument om activiteiten die de overheid op zichzelf niet onwenselijk acht, te reguleren of te monitoren.

In de Dienstenwet, die een implementatie is van de Dienstenrichtlijn, is de definitie van een vergunningstelsel in artikel 1 vergelijkbaar weergegeven, namelijk als ‘een procedure die voor een dienstverrichter of afnemer de verplichting inhoudt bij een bevoegde instantie stappen te ondernemen ter verkrijging van een vergunning’. In de Dienstenwet is ook de vergunning apart gedefinieerd. Een vergunning is op grond daarvan een ‘beslissing, uitdrukkelijk of stilzwijgend, over de toegang tot of de uitoefening van een dienst’. De Dienstenwet vormt een implementatie van de Dienstenrichtlijn en omvat regels om het vrij verkeer van vestiging en diensten binnen de Europese Unie te waarborgen. Vergunningen(stelsels) krijgen hierin veel aandacht omdat dit instrument bij bepaalde activiteiten het vrij verkeer van diensten

751. Aanwijzingen voor de regelgeving, circulaire van de Minister-President van 18 november 1992.

752. Art. 4, zesde lid, Richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende diensten op de interne markt, *PbEU* 2006, L 376.

753. Zie hierover Schlössels & Zijlstra 2010, p. 813.



en vestiging neergelegd in het EU-Werkingsverdrag raakt. Aan het einde van deze paragraaf zal ik kort ingaan op de toepasselijkheid van de Dienstenrichtlijn op vergunningen voor sociale diensten.

Een vergunning kan dan ook wel worden gekenschetst als een toestemming of een recht om een activiteit uit te mogen oefenen. Een vergunningstelsel kan daarbij worden gezien als de procedure om bij de bevoegde instantie toestemming te verkrijgen voor het uitoefenen van die activiteit. De functie van dit instrument is erin de eerste plaats op gericht de toegang tot de uitoefening van een activiteit te reguleren, bijvoorbeeld om het milieu te beschermen of om in het kader van de openbare orde maatschappelijke wanorde tegen te gaan. In dat kader worden dan ook bijvoorbeeld bouwwerken aan een vergunningenprocedure onderworpen om ervoor te zorgen dat wordt gebouwd in overeenstemming met het bestemmingsplan en andere bouwregulering en worden evenementen aan een vergunningprocedure onderworpen om bijvoorbeeld de openbare orde en veiligheid te waarborgen.

Ook sociale diensten zouden door middel van een vergunningstelsel kunnen worden georganiseerd; overigens gebeurt dat op dit moment in Nederland niet.<sup>754</sup> Zo zou dit instrument bijvoorbeeld kunnen worden gekozen om diensten van jeugdzorg te organiseren. Een gemeente kan het uitoefenen (dat wil zeggen aanbieden) van bijvoorbeeld jeugdzorgdiensten door een zorgaanbieder aan een voorafgaande goedkeuring onderwerpen. Gemeenten kunnen in een verordening bijvoorbeeld eisen opnemen op grond waarvan jeugdzorginstellingen of andere jeugdzorgaanbieders voordat zij jeugdzorg mogen aanbieden, aan specifieke (kwaliteits)eisen, zoals bijvoorbeeld opleidingseisen van het personeel, voldoen. Dergelijke eisen kunnen overigens ook landelijk worden vastgesteld. Op deze manier kunnen overheden daarmee de toegang tot de uitoefening van deze dienstenactiviteit reguleren, dat wil zeggen: met waarborgen omgeven zodat alleen jeugdzorginstellingen worden toegelaten om jeugdzorg te leveren die aan bepaalde eisen voldoen, zoals aan bepaalde opleidingseisen van het in te zetten personeel, aan eisen rondom gegevensbescherming of eisen die de kwaliteit van de zorginstelling betreffen.<sup>755</sup>

#### *Juridisch kader vergunningen*

De vergunning is onderworpen aan de regels neergelegd in de Awb en in het bijzonder hoofdstuk 1, 2, en 3 en titel 1 van hoofdstuk 4. Het gaat bij een vergunning namelijk evenals bij een subsidie om een beschikking. Dit betekent dat de bevoegdheid om een vergunning te verlenen net als bij een subsidie (exclusief) is gelegen bij de bestuursorganen in de zin van art. 1:1 Awb. Net als bij de subsidie kan worden gesproken van het algemene begrip ‘aanvrager’ of ‘belanghebbende’ als bedoeld in art. 1:3, derde lid, Awb, omdat het gaat om de ontvanger of houder van de vergunning. Daaronder kan dus iedere belanghebbende vallen.

754. Zie Uenk e.a. 2018; Uenk, Wind & Telgen 2019; Uenk & Wind 2020 (Monitor gemeentelijke zorginkoop 2018, 2019, 2020). Wel wordt veel gebruik gemaakt van een openhousemodel, een instrument dat veel lijkt op een vergunningenstelsel. Over de voorwaarden waaronder een vergunningenstelsel wel kan worden gekozen en het effect daarvan op goede (organisatie van) zorg, meer in par. 4.5.

755. Dat laatste kan betreffen: de bereikbaarheid van een instelling of het voldoen aan organisatorische protocollen over veiligheid van apparatuur, het hebben van een klachtcommissie en het hebben van een kwaliteitssysteem, zie o.a.: *Factsheet Kwaliteitseisen jeugdhulpaanbieders en gemeenten zoals gesteld in de Jeugdwet 2014*.

Een vergunningstelsel moet worden neergelegd in een wettelijke regeling om effect te sorteren. Dit kan zowel centrale als decentrale wetgeving betreffen. De regeling zal moeten voldoen aan de hoofdstukken 1-3 en titel I hoofdstuk 4 uit de Awb en aan de abbb. Op grond daarvan geldt bijvoorbeeld dat er voorschriften, beperkingen en voorwaarden aan een vergunning kunnen worden verbonden. Zo kunnen aan een beschikking voorschriften worden verbonden die de specifieke werking van de vergunning in een situatie of voor een bepaalde object specificeren en kunnen aan de beschikking beperkingen worden gesteld waaronder de beschikking wordt verleend, bijvoorbeeld beperkingen naar plaats of tijd; denk bij dit laatste aan standplaatsvergunningen waaraan een beperking naar tijd wordt gesteld. Dergelijke voorschriften, voorwaarden en beperking mogen dan echter niet in strijd zijn met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, bijvoorbeeld met het evenredigheidsbeginsel van art. 3:4 Awb.

Vergunningstelsels kunnen ook raken aan de vrijverkeersbepalingen van het EU-verdrag. Bij het organiseren van sociale diensten gaat het om het vrij verkeer van vestiging en diensten van art. 49 en 56 VWEU. In het kader van het openhousemodel zal ik daar in paragraaf 5.4 uitgebreider op in gaan. Vergunningstelsels vormen in beginsel een belemmering van het vrij verkeer, aangezien de uitoefening van een dienstenactiviteit aan voorafgaande goedkeuring van een nationale instantie wordt onderworpen. Ook de voorwaarden die worden gesteld aan de uitoefening van de activiteit vormen een dergelijke belemmering. Deze belemmering kan echter worden gerechtvaardigd op grond van een Verdragsuitzondering of de *rule of reason*-uitzondering.<sup>756</sup> Dit laatste houdt in dat een beperking van het vrij verkeer moet worden gerechtvaardigd op grond van een dwingende reden van algemeen belang en moet voldoen aan de evenredigheidstoets: de maatregel moet geschikt en noodzakelijk zijn om het doel te bereiken en proportioneel zijn (in strikte zin).<sup>757</sup>

Voor het vrij verkeer van diensten en vestiging is dit nader uitgewerkt in de Dienstenrichtlijn. Deze richtlijn, die is geïmplementeerd in de Dienstenwet, kan ook van toepassing zijn op de organisatie van sociale diensten. Op grond van art. 2 sub j van Richtlijn 2006/123/EG zijn namelijk van de werkingssfeer van deze richtlijn enkel die sociale diensten uitgezonderd: 'die worden verleend door de staat (i), door dienstverrichters die hiervoor een opdracht of een mandaat hebben gekregen van de staat (ii), of door liefdadigheidsinstellingen die als zodanig door de staat zijn erkend (iii)'. Diensten die worden verricht door particuliere marktdeelnemers die *zonder opdracht* van de staat opereren vallen dus wel onder de Dienstenrichtlijn. Het HvJ EU heeft in de zaak *Fermabel* uitgelegd dat van deze uitzondering in de Dienstenrichtlijn slechts sprake is als een dienstverrichter verplicht is de aan hem opgedragen sociale diensten te verstrekken (zodat de dienstverrichtingen voor iedereen gelijk toegankelijk zijn), tegen bepaalde voorwaarden en tegen een

756. Zie meer in par. 5.4.4.

757. Zie bijv.: *Anafir*, r.o. 35. Zie voor een duidelijk voorbeeld van de geschiktheidstoets de zaak *Hartlauer*, r.o. 50 e.v. In het kader van die eis wordt onder meer gezien of de verwezenlijking van de doelstelling coherent en systematisch wordt nagestreefd.

financiële vergoeding.<sup>758</sup> Het gaat bij deze uitzondering dus duidelijk om de gevallen dat sprake is van een overheidsopdracht voor het uitvoeren van sociale diensten. Daarbij kan evenwel ook sprake zijn van een openhousemodel (zie hoofdstuk 5). Bij toepassing van een vergunningstelsel – waarbij sprake is van een toestemming om een activiteit uit te oefenen en geen uitvoeringsverplichting geldt – lijkt dan ook geen ruimte voor deze uitzondering.

Opgemerkt zij dat in het licht van de definiëring van de instrumenten zoals dat in dit onderzoek wordt voorgesteld, in het geval wel sprake is van een uitvoeringsplicht en een financiële vergoeding voor het leveren van de diensten, ofwel sprake zal zijn van een aanbestedingsplichtige overheidsopdracht (als een exclusieve selectie uit geïnteresseerde zorgaanbieders wordt gemaakt, zie paragraaf 3.5.5), ofwel van een openhousemodel (als geen sprake is van exclusieve selectie).

Op een vergunningstelsel voor sociale diensten is dan ook de Dienstenwet van toepassing. Daarin is onder meer geregeld de wederzijdse erkenning van gegevens en bescheiden: een bevoegde instantie moet ook gegevens en bescheiden van dienstverrichters uit een andere lidstaat aanvaarden die een gelijkwaardig doel dienen of waaruit blijkt dat aan de betrokken eis is voldaan (i); het bestaan van een centraal loket voor het toegankelijk maken van informatie die van belang is voor het verkrijgen van toegang tot of de uitoefening van de diensten (ii) en regels over de looptijd van een vergunningstelsel (iii).<sup>759</sup>

#### 4.2.2.2 *Rechtsvorm van de vergunning: een beschikking zonder uitvoeringsverplichting*

De vergunning betreft dus evenals de subsidie een beschikking in de zin van art. 1:3 lid 2 Awb en is dan ook aan te merken als een eenzijdige publiekrechtelijke rechtshandeling. Ook hier heeft het bestuursorgaan een exclusieve bevoegdheid met uitsluiting van anderen om (eenzijdig) vergunningen te verlenen.

De beschikking als rechtsvorm voor de vergunning wordt in de literatuur, anders dan bij de subsidie, echter niet ter discussie gesteld. Duidelijker dan bij een subsidie is hier namelijk sprake van een eenzijdige handeling van de overheid, namelijk het verlenen van toestemming om de activiteit uit te voeren. Wel kan het zo zijn dat wettelijke voorschriften voorzien in de mogelijkheid van intrekking of van rechtswege vervallen van vergunningen als daarvan binnen een bepaalde termijn geen gebruik wordt gemaakt.<sup>760</sup> Dit maakt echter nog niet dat de vergunning als een tweezijdige rechtsverhouding kan worden aangemerkt.

Tegelijkertijd geldt echter ook bij vergunningen dat overheden aan de vergunningverlening soms uitvoeringsverplichtingen (wensen te) koppelen, vooral als het gaat om een schaarse vergunning (over dit laatste meer hierna).<sup>761</sup> Zo worden vergunninghouders voor mobiele netwerkfrequenties verplicht om de vergunde activiteit

758. HvJ EU 11 juli 2013, C-57/12, ECLI:EU:C:2013:517 (*Femarbel*), r.o. 45-47. Deze zaak bespreek ik uitgebreid in par. 5.4.3.

759. Zie art. 4 en 5, 30 en 33 Dienstenwet.

760. Schlössels & Zijlstra 2010, p. 837.

761. Zie hierover Drahmman 2015, p. 134. Volgens Drahmman worden juist bij de toekenning van een (exclusief) recht meestal uitvoeringsverplichtingen opgelegd. Zie ook: Coerts, *NTB* 2020/210, p. 522.

daadwerkelijk uit te voeren.<sup>762</sup> Ook wordt wel een verplichting opgelegd aan bijvoorbeeld energieleveranciers om de onrendabele delen van een bepaalde regio te bedienen.<sup>763</sup> In dat geval ontstaat dus een tweezijdige relatie tussen het bestuursorgaan en de ontvanger. Toegepast op het sociaal domein zou het (theoretisch) kunnen voorkomen dat een gemeente voor jeugdzorgdiensten een vergunningstelsel inricht, waarbij zij het aantal vergunningen beperkt om geen onoverzichtelijk aantal jeugdzorgaanbieders in de gemeente actief te hebben. Met name in dat geval kan het zijn dat de gemeente een uitvoeringsplicht wil opleggen om ervoor te zorgen dat deze groep aanbieders wel daadwerkelijk zorg gaat leveren, anders zijn er wellicht te weinig zorgverleners die de jeugdzorg aan cliënten aanbieden.

Hoewel deze situatie mogelijk bij een vergunning minder snel voorkomt dan bij de subsidie, geldt ook hier dat het koppelen van dergelijke verplichtingen voorbij gaat aan wat ik zie als een wezenskenmerk van de vergunning, namelijk dat die erop is gericht toestemming te verlenen voor het uitvoeren van activiteiten zonder dat daaraan een uitvoeringsplicht is gekoppeld. Van belang is echter vooral dat bij het koppelen van een uitvoeringsplicht aan vergunningen (en subsidies) de activiteit kan omvormen tot een overheidsopdracht (of concessieopdracht) in de zin van de aanbestedingsrichtlijnen.

In de literatuur is het ontbreken van een uitvoeringsplicht bij een vergunning aangemerkt als het belangrijkste onderscheid tussen de vergunning en de concessie(opdracht) in de zin van de aanbestedingsrichtlijnen. Zo is volgens Schlössels & Zijlstra het enige verschil tussen de vergunning en de concessie dat bij de vergunning de rechtsplicht tot uitvoeren ontbreekt.<sup>764</sup> Ook in de concessierichtlijn 2014/23/EU komt dit verschil van de concessieopdracht (maar dit geldt ook voor de overheidsopdracht) met de vergunning naar voren, aangezien daarin is verduidelijkt dat 'bepaalde handelingen van lidstaten zoals machtigingen of vergunningen waarbij de lidstaat of een overheid daarvan de voorwaarden voor de uitoefening van een economische activiteit vaststelt, (...) waarbij het de ondernemer vrijstaat zich uit de uitvoering van werken of verlening van diensten terug te trekken, niet als concessies mogen worden aangemerkt'.<sup>765</sup> Daarbij zij opgemerkt dat juist in de concessierichtlijn aandacht wordt besteed aan dit onderscheid, nu het doorgaans de concessieopdracht en de vergunning zijn die met elkaar worden verward en in iets mindere mate de overheidsopdracht. Bij zowel de concessie als de vergunning is namelijk sprake van een exploitatierecht voor een bepaalde activiteit. Van belang is echter dat – evenals bij de subsidie – op dit punt de vraag dient te worden gesteld of een vergunning waaraan een rechtsplicht tot uitvoering van de activiteit wordt gekoppeld, daardoor wordt omgevormd tot een overheidsopdracht (dan wel concessieopdracht) in de zin van de aanbestedingsrichtlijnen.<sup>766</sup> Daarover meer in paragraaf 4.3. Voor het onderscheid tussen de concessie(opdracht) en de vergunning, wordt dit punt ook besproken in hoofdstuk 6, paragraaf 6.6.

762. Coerts, *NTB* 2020/210, p. 522.

763. Drahmman 2015, p. 134.

764. Zie bijvoorbeeld: Schlössels & Zijlstra 2010, p. 837, waar zij met name ingaan op het verschil met de concessie; zie ook Drahmman 2015, p. 134.

765. Zie considerans punt 14, Richtlijn 2014/23/EU. Zie verder ook: considerans punt 4 en 114, Richtlijn 2014/24/EU.

766. Zie ook: Drahmman 2015, p. 134.

#### 4.2.3 **Schaarse vergunningen en subsidies en het leerstuk van de verdeling van schaarse publieke rechten**

Subsidies en vergunningen kunnen schaars zijn. In dat geval wordt ook wel gesproken van schaarse vergunningen of subsidies. In de literatuur wordt in dat verband wel gesproken van 'schaarse publieke rechten', waaronder naast schaarse subsidies en vergunningen ook andere schaarse overheidstoestemmingen worden gerekend, zoals concessies, ontheffingen of vrijstellingen, schaarse verhandelbare publieke rechten, zoals emissierechten of quota.<sup>767</sup>

In de literatuur van de laatste jaren is steeds meer aandacht voor deze schaarse publieke rechten en met name de verdeling daarvan.<sup>768</sup> Volgens de in de literatuur gehanteerde definitie is sprake van schaarse publieke rechten 'als de som van de omvang van de aanvragen het aantal beschikbare publieke rechten overtreft'.<sup>769</sup>

Subsidies en vergunningen zijn met andere woorden schaars als er meer aanvragers zijn dan beschikbare subsidies of vergunningen. Een subsidie kan ook als schaars worden aangemerkt als aan het totaalbedrag van de ter beschikking gestelde subsidie een bepaald plafond wordt gesteld en het totaal van de aanvragen dat plafond overstijgt. Zo kan in het sociaal domein, om de uitgaven beheersbaar te houden, bijvoorbeeld een plafond worden gesteld aan een subsidie voor zorgboerderijen.

Bij vergunningen kan sprake zijn van natuurlijke of technische, dan wel kunstmatige schaarste; in het laatste geval is de schaarste bewust gecreëerd bijvoorbeeld op grond van beleidsoverwegingen.<sup>770</sup> Bij schaarse vergunningen kan bijvoorbeeld worden gedacht aan (ether)frequentievergunningen of vergunningen voor rondvaartboten op de Amsterdamse grachten; de eerste kan worden gezien als natuurlijke of technische schaarste en het tweede als een voorbeeld van kunstmatige schaarste. Gaat het om de organisatie van sociale diensten dan is het denkbaar dat behoefte bestaat om het aantal te vergeven vergunningen uit het oogpunt van beheersbaarheid en controleerbaarheid van de zorgaanbieders te beperken; kunstmatige schaarste dus. Daarbij geldt evenwel dat niet elke vorm van natuurlijke of kunstmatige schaarste tot schaarse vergunningen zal hoeven te leiden.<sup>771</sup> Pas als er daadwerkelijk meer aanvragers zijn dan het aantal natuurlijk of kunstmatig gecreëerde schaarse aantal vergunningen, is er sprake van schaarse rechten zoals hier bedoeld. Dit geldt ook voor subsidies.

Bij schaarste in de te vergeven vergunningen en subsidies zal een bestuursorgaan een bepaalde methode moeten toepassen om de schaarse rechten aan één of meerdere aanvragers toe te kennen. Is sprake van een schaars publiek recht dan vraagt dat om een verdelingsmethode, waarvan de bekendste zijn: de verdeling op

767. Van Ommeren, Den Ouden & Wolswinkel 2011<sup>b</sup>, p. 18-19. Zie hierover ook in de Conclusie van A-G Widdershoven van 25 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1421.

768. Zie voor het eerst: Van Ommeren 2004; zie daarna ook o.a.: Van Ommeren, Den Ouden & Wolswinkel 2011<sup>a</sup>; Jacobs & Den Ouden, *JBplus* 2011; Wolswinkel 2013; Wolswinkel, *JBplus* 2013/2, p. 62-80; Drahmman 2015; Adriaanse e.a. 2016; zie naar aanleiding van recente ontwikkelingen ook de discussie: Robbe, *NTB* 2019/35; de reactie van: Hardy & Verboeket, *NTB* 2020/50; en de reactie: Robbe, *NTB* 2020/51.

769. Van Ommeren 2004, p. 2; Van Ommeren, Den Ouden & Wolswinkel 2011<sup>b</sup>; zie vergelijkbaar Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2014, p. 389.

770. Schlössels & Zijlstra 2010, p. 835. Drahmman 2015, p. 35.

771. Wolswinkel 2013, p. 283-284.

volgorde van binnenkomst, loting, veiling, aanbesteding of vergelijkende toets.<sup>772</sup> In de rechtspraak van de ABRvS is zowel voor schaarse vergunningen als voor schaarse subsidies geoordeeld dat in het Nederlandse recht een rechtsnorm geldt die ertoe strekt dat bij de verdeling van schaarse vergunningen dan wel subsidies door het bestuur op enigerlei wijze aan (potentiële) gegadigden ruimte moet worden geboden om naar de beschikbare vergunning(en) mee te dingen.<sup>773</sup> Deze rechtsnorm is volgens de ABRvS gebaseerd op het gelijkheidsbeginsel, dat in deze context strekt tot het bieden van gelijke kansen. Hierin volgt de ABRvS de conclusie van A-G Widdershoven.<sup>774</sup> Hoewel de ABRvS alleen ingaat op een dergelijke verplichting naar Nederlands recht, toont de A-G aan dat ook vanuit Unierecht een dergelijke verplichting kan bestaan tot het bieden van mededingingsruimte aan (potentiële) gegadigden.

De *Vlaardingen*-zaak waarin de bovengenoemde rechtsnorm en de daaruit voortvloeiende mededingingsverplichting werd vastgesteld, draait kortgezegd om een schaarse vergunning voor het exploiteren van een speelautomatenhal. Deze vergunning ging – na jaren van informeren naar de mogelijkheden daarvan bij de gemeente – aan een geïnteresseerde toch voorbij, omdat de schaarse vergunning, zonder voorafgaande bekendmaking, al aan een ander was verleend.<sup>775</sup> Op grond van het formele gelijkheidsbeginsel oordeelt de ABRvS in deze zaak dat door de burgemeester op enigerlei wijze aan potentiële gegadigden ruimte had moet worden geboden om naar die ene beschikbare vergunning voor het exploiteren van een speelautomatenhal mee te dingen.<sup>776</sup> De verwezenlijking van deze verplichting kan daarbij wel worden beperkt door het wettelijk voorschrift dat in de schaarse vergunning zelf voorziet, maar die beperking mag niet zover gaan dat iedere mededingingsruimte volledig wordt uitgesloten.

De ABRvS gaat daarbij ook in op de gehanteerde verdeelprocedure op volgorde van binnenkomst. Deze verdeelprocedure is volgens de Afdeling toegestaan, mits de potentiële gegadigden een gelijke kans hebben om te kunnen wedijveren om het schaarse publieke recht.<sup>777</sup> Aan dit laatste is in deze zaak echter duidelijk niet voldaan. Hommerson, die de vergunning voor de exploitatie van de speelautomatenhal uiteindelijk heeft verkregen, was veel eerder op de hoogte dan eventuele andere gegadigden konden zijn.<sup>778</sup> Ook was er geen expliciete uitnodiging tot me-

772. Zie Wolswinkel 2013, p. 139-169; Van Ommeren 2004, p. 9 e.v.; Van Wijk/ Konijnenbelt & Van Male 2014, p. 389; zie over de verdeling van subsidies: Jacobs & Den Ouden, *JBPlus* 2011, p. 35-58; Zijlstra e.a. 2012, p. 195.

773. Zie ABRvS 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2927, r.o. 8 (schaarse vergunning), *AB* 2016/426 m.nt. C.J. Wolswinkel, *BA* 2016/295, *Module Aanbesteding* 2016/575, *BR* 2017/5 m.nt. C.A.H. van de Sanden, *BR* 2017/23 m.nt. E.W.J. de Groot, M. Vidal, *Gst.* 2017/57 m.nt. van Redactie, *JG* 2016/64 m.nt. T. Barkhuysen en A. Span, *JIN* 2017/43 m.nt. L.J.M. Timmermans, *JOM* 2016/1137, *JB* 2017/1 m.nt. L.J.M. Timmermans; zie ook de bijhorende Conclusie van A-G Widdershoven van 25 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1421; zie daarnaast: ABRvS 11 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2310, r.o. 7.1 (schaarse subsidie), *ABkort* 2018/336, *JOM* 2018/787, *AB* 2018/406 m.nt. J.E. van den Brink en A. Drahmman, *JGROND* 2018/205 m.nt. F.M.A. van der Loo.

774. Conclusie van A-G Widdershoven van 25 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1421.

775. ABRvS 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2927. Voor een volledige beschrijving van de feiten en het procesverloop verwijst ik naar de uitgebreide uiteenzetting in de zaken zelf en naar de conclusie van de A-G.

776. ABRvS 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2927, r.o. 10.

777. ABRvS 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2927, r.o. 12.

778. ABRvS 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2927, r.o. 12.1.

dedinging. Potentiële gegadigden zijn in deze zaak niet op de hoogte gesteld van de verdelingsprocedure die van toepassing was, noch van de duur van het aanvraag-tijdvak en van de vergunningsvereisten. Nu derden aldus niet de kans hebben gehad mee te dingen naar de exploitatievergunning, heeft volgens de ABRvS geen tijdige en adequate bekendmaking van de beschikbare exploitatievergunning plaatsgevonden. Volgens de Afdeling is dan ook in strijd met de transparantieverplichting gehandeld.<sup>779</sup>

De ABRvS deelt de conclusie van de A-G Widdershoven dat het bestuur om gelijke kansen te realiseren een passende mate van openbaarheid moet verzekeren met betrekking tot de beschikbaarheid van de schaarse vergunning, de verdelingsprocedure, het aanvraagtijdvak en de toe te passen criteria. Het bestuur moet hierover tijdig voorafgaand aan de start van de aanvraagprocedure duidelijkheid scheppen, door informatie over deze aspecten bekend te maken via een zodanig medium dat potentiële gegadigden daarvan kennis kunnen nemen. Deze jurisprudentie is inmiddels in meerdere uitspraken bevestigd, waarbij deze uitgangspunten ook zijn bevestigd voor de verdeling van schaarse subsidies.<sup>780</sup>

Duidelijk is nu dat in het nationale recht bij de verdeling van schaarse subsidies en vergunningen, op grond van het gelijkheidsbeginsel aan (potentiële) gegadigden van schaarse publieke rechten mededingingsruimte moet worden geboden. Daarbij kunnen verschillende procedures worden gehanteerd, zoals een loting, veiling, vergelijkende toets of volgorde van binnenkomst, mits de procedure tijdig kenbaar wordt gemaakt.

De transparantieverplichting speelt een belangrijke rol om ervoor te zorgen dat de mededingingsnorm kan worden gerealiseerd. Ze houdt in dat bestuursorganen transparant zijn over de verlening en verdeling van schaarse vergunningen, zodat alle potentiële gegadigden daadwerkelijk gelijkelijk kunnen meedingen. Bestuursorganen moeten een 'passende mate van openbaarheid' garanderen met betrekking tot de beschikbaarheid van de schaarse vergunning (i); de verdelingsprocedure; (ii); het aanvraagtijdvak (iii); en de van toepassing zijnde criteria (iv). De verplichting tot transparantie is in de uitspraak inzake de speelautomatenhal in de gemeente Vlaardingen, maar ook in de daarop volgende jurisprudentie evenwel niet verheven tot een (eerste aanzet voor een) transparantiebeginsel in het Nederlandse bestuursrecht, iets waarvoor A-G Widdershoven in zijn conclusie wel pleit.<sup>781</sup>

779. ABRvS 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2927, r.o. 12.1.

780. Zie o.a.: ABRvS 18 januari 2017, ECLI:NL:RVS:2017:86, r.o. 7.5, AB 2017/253 m.nt. S. Philipsen; *WVO Commentaar en Jurisprudentie 2017/564*; *Gst. 2017/85* m.nt. P.W.A. Huisman; *JB 2017/41*; ABRvS 27 september 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2611, r.o. 5, AB 2017/389 m.nt. C.J. Wolswinkel; *JM 2017/136* m.nt. J.S. Haakmeester; *JG 2018/4* m.nt. T. van Halsema; *JB 2017/183* m.nt. L.J.M. Timmermans; ABRvS 12 september 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2958, r.o. 14.1, AB 2018/411 m.nt. C.J. Wolswinkel; ABRvS 11 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2310, *ABkort 2018/336*; *JOM 2018/787*; *AB 2018/406* m.nt. J.E. van den Brink (1), A. Drahmman (2); *JGROND 2018/205* m.nt. F.M.A. van der Loo.

781. Conclusie van A-G Widdershoven van 25 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1421, par. 6.

### 4.3 DE OVEREENKOMST ONDER BEZWARENDE TITEL ALS SCHEIDSLIJN TUSSEN DE OVERHEIDSOPDRACHT EN DE SUBSIDIE/VERGUNNING

Zoals uiteengezet in hoofdstuk 3, moet op grond van het EU-aanbestedingsrecht, elke activiteit of geldverstrekking die aan het EU-begrip overheidsopdracht voldoet, als zodanig worden aangemerkt. De EU-definitie overheidsopdracht bestaat uit de volgende wettelijke criteria: overeenkomst onder bezwarende titel (i), die schriftelijk is (ii), gesloten tussen één of meer ondernemers (iii) en één of meer aanbestedende diensten (iv), voor de uitvoering van werken, levering van producten of verlening van diensten (v). Daarnaast zijn deze criteria aangevuld in jurisprudentie van het HvJ EU met de (jurisprudentiële) sub-criteria: rechtstreeks economisch belang (vi), afdwingbare uitvoeringsverplichting (vii) en de (ruime uitleg van de) tegenprestatie bestaande in enig economisch voordeel (viii) en ten slotte het criterium van exclusieve selectie (ix).

Aan de hand van deze criteria moet dan ook worden getoetst of sprake is van een overheidsopdracht.

In het vorige hoofdstuk is er reeds op gewezen dat, om de overheidsopdracht van de subsidie en de vergunning te onderscheiden, met name van belang zijn: de overeenkomst onder bezwarende titel en de daaruit voortvloeiende sub-criteria van rechtstreeks economisch belang, afdwingbare uitvoeringsverplichting en de tegenprestatie. Aan de overige vereisten, het schriftelijkheidscriterium, het begrip ondernemer, aanbestedende dienst, en aan de eis dat het moet gaan om werken, leveringen of diensten, is namelijk ook bij een subsidie en vergunning snel voldaan. Bij de organisatie van sociale diensten is daarvan in ieder geval snel sprake gebleken. Wat betreft het laatste jurisprudentiële criterium van exclusieve selectie, verdient opmerking dat wanneer een subsidie of vergunning aan iedere aanvrager die aan bepaalde criteria voldoet wordt verleend, geen sprake zal zijn van een overheidsopdracht. Het gaat hierna dus om subsidies en vergunningen die met exclusiviteit aan één of meerdere aanvragers worden toegekend.<sup>782</sup> Hieronder wordt de overeenkomst onder bezwarende titel met de drie jurisprudentiële sub-criteria als scheidslijn uitgewerkt tussen overheidsopdrachten en subsidies/vergunningen. Daarbij wordt voortgebouwd op paragraaf 3.5.3, waarin deze criteria van de overheidsopdracht uitgebreid zijn uitgewerkt. Daaraan voorafgaand nog een belangrijke opmerking.

In dit onderzoek wordt er vanuit gegaan dat ofwel sprake is van een overheidsopdracht ofwel van een subsidie of vergunning; de instrumenten sluiten elkaar dus uit. Ofwel de geldverstrekking is onderdeel van een overheidsopdracht en moet dan ook volgens de regels van het aanbestedingsrecht in de markt worden gezet, ofwel daarvan is geen sprake en dan kan de subsidie volgens de Awb-regels worden verleend. Met het oog op hun verschillende juridische kaders, en hun verschillende doelen, moeten deze instrumenten namelijk van elkaar worden onderscheiden. Wanneer beide instrumenten ter aanduiding van dezelfde activiteit worden gebruikt ontstaat een groot risico dat EU-recht niet wordt toegepast en zelfs wordt ontdoken.

782. Daarbij moet worden opgemerkt dat daarvan in de praktijk snel sprake zal zijn.



Door een duidelijk onderscheid te handhaven tussen de overheidsopdracht en deze instrumenten, kan verwarring over de instrumenten en hun toepassing worden tegengegaan.

#### 4.3.1 Subsidies en vergunningen die een wederkerige overeenkomst zijn, vormen snel overheidsopdracht

De overeenkomst onder bezwarende titel vormt een belangrijk wettelijk criterium van de overheidsopdracht: als daarvan sprake is, kan al snel sprake zijn van een overheidsopdracht. Andersom geldt dat wanneer geen overeenkomst onder bezwarende titel wordt gesloten, geen sprake is van een overheidsopdracht en er wel sprake kan zijn van een subsidie of vergunning. De verstrekking van het overheids-geld of verlening van het recht om een activiteit uit te voeren is dan namelijk niet gekoppeld aan een overheidscontract of opdracht, maar heeft een ander doel.

De overeenkomst onder bezwarende titel houdt, zoals besproken in paragraaf 3.5.3, een wederkerige overeenkomst in: beide partijen moeten bij deze overeenkomst iets presteren.<sup>783</sup> Het HvJ EU heeft dit ook wel uitgedrukt in de bewoordingen dat sprake moet zijn van een prestatie voor een tegenprestatie.<sup>784</sup>

Op het eerste gezicht lijkt dit wettelijke kenmerk van de overeenkomst onder bezwarende titel een belangrijk onderscheid weer te geven tussen de overheidsopdracht en de subsidie en de vergunning. Zoals hiervoor besproken geldt namelijk dat deze laatste instrumenten in plaats van een tweezijdige, een eenzijdige rechtshandeling betreffen en (in beginsel) geen overeenkomst zijn.<sup>785</sup> Bij deze instrumenten wordt door de overheid namelijk eenzijdig een subsidie toegekend, respectievelijk toestemming voor het uitvoeren van een activiteit gegeven. De eenzijdigheid van de rechtshandeling is bijvoorbeeld terug te zien in hun definities, onder andere voor de vergunning in artikel 4 van de Dienstenrichtlijn en voor de subsidie in artikel 4:21 Awb.<sup>786</sup> Zo gaat het bij het instrument van de vergunning juridisch om een (eenzijdige) beslissing over de toegang tot of de uitoefening van een activiteit en bij het instrument van de subsidie om een (eenzijdige) aanspraak op financiële middelen voor de aanvrager van de subsidie. Zowel een vergunning en een subsidie zijn ook geen overeenkomst. Er worden slechts voor één partij de vergunning- of subsidieverstrekkende autoriteit verplichtingen in het leven geroepen.

Tegelijk kwam echter hiervoor ook naar voren dat zowel bij de subsidie als bij een vergunning een tweezijdige verhouding kan ontstaan. Bij subsidies is het op grond van art. 4:36 Awb mogelijk om een uitvoeringsovereenkomst te sluiten, waarin wordt vastgelegd dat de activiteiten waarvoor de subsidie is verleend, moeten worden uitgevoerd. Ook is het niet verboden om bij de vergunning een uitvoeringsplicht op te leggen. Overheden wensen namelijk ook bij dergelijke activiteiten de uitvoering daarvan zeker te stellen. Door deze handelingen kan echter een tweezij-

783. Zie hierover par. 3.5.3.1.

784. Helmut Müller, r.o. 48. Zie ook o.a.: *Scala*, r.o. 77; *Auroux/Roanne*, r.o. 45; en meer recent: *Stadt Köln*, r.o. 40.

785. Zie meer over de eenzijdige rechtshandeling in: Spierings 2016.

786. Zie Dienstenrichtlijn 2006/123/EG.

dige verhouding ontstaan die mogelijk is aan te merken als een overeenkomst (onder bezwarende titel). Op dit punt treedt in de praktijk onduidelijkheid op over het onderscheid tussen de overheidsopdracht en de subsidie en de vergunning. Van belang is namelijk dat de oorspronkelijke subsidie of vergunning door het sluiten van een uitvoeringsovereenkomst kan veranderen in een overheidsopdracht.<sup>787</sup>

Deze onduidelijkheid kan echter worden weggenomen als alle handelingen van de overheid naast dit wettelijke criterium van de overeenkomst onder bezwarende titel, ook worden getoetst aan de aanvullende jurisprudentiële sub-criteria die het HvJ EU ter uitleg en invulling van de overeenkomst onder bezwarende titel heeft gespecificeerd. Ingegeven door de specifieke omstandigheden van verschillende arresten, noemt het Hof namelijk een aantal sub-criteria van de overeenkomst onder bezwarende titel die verder duidelijk maken hoe deze verhouding van ‘een prestatie voor een tegenprestatie’ moet worden ingevuld. Deze sub-criteria betreffen: het bestaan van een rechtstreeks economisch belang voor de aanbestedende dienst (i); een afdwingbare uitvoeringsverplichting (ii) en (de ruime uitleg van) de tegenprestatie: enig economisch voordeel (iii). Deze sub-criteria verduidelijken in essentie het karakter van de overeenkomst: een tweezijdige rechtshandeling, waarbij de opdrachtnemer iets moet (afdwingbare uitvoeringsverplichting) presteren (bij die prestatie heeft de opdrachtgever een bepaald belang) en voor het uitvoeren van die opdracht krijgt de opdrachtnemer op zijn beurt een tegenprestatie. In essentie vormen deze sub-criteria dan ook bestanddelen van de overeenkomst onder bezwarende titel.

Van belang is in dat opzicht dat als bij een zogenoemde subsidie of vergunning deze drie jurisprudentiële sub-criteria zijn vervuld, sprake is van een overeenkomst onder bezwarende titel en dat in dat geval dus aan een belangrijk criterium van de overheidsopdracht is voldaan; zoals opgemerkt zal de subsidie of vergunning dan doorgaans moeten worden aangemerkt als een overheidsopdracht in de zin van de aanbestedingsrichtlijnen. Aan de hand van deze sub-criteria wordt dan ook duidelijk hoe de overheidsopdracht van de subsidie of vergunning moet worden onderscheiden.

Uit deze sub-criteria vloeit daarnaast voort dat andere aanwijzingen die in de praktijk worden gehanteerd (genoemd in paragraaf 4.1 en 4.2.1.2) om de overheidsopdracht en de subsidie van elkaar te onderscheiden, zoals het verband tussen betaling en prestatie, niet doorslaggevend (kunnen) zijn om deze instrumenten van elkaar te onderscheiden. Dergelijke aanwijzingen leiden daarentegen tot meer onduidelijkheid en verwarring over de juiste scheidslijnen.

#### 4.3.2 Jurisprudentieel sub-criterium I: overheidsopdracht vereist rechtstreeks economisch belang bij activiteit

Het eerste jurisprudentieel sub-criterium van de overeenkomst onder bezwarende titel, betreft het bestaan van een rechtstreeks economisch belang voor de aanbestedende dienst.<sup>788</sup> Dit sub-criterium is inherent aan de overeenkomst onder bezwa-

787. Zie hierover bijvoorbeeld ook: Drahmman 2015, p. 103; Van den Brink & Verboeket, AB 2019/319.

788. Zie uitgebreid par. 3.5.3.3.

rende titel en ziet op de prestatie die in het rechtstreeks economisch belang van de aanbestedende dienst moet worden uitgevoerd. Zoals besproken in het vorige hoofdstuk, en volgt uit arresten – vooral in de context van het uitvoeren van werken, maar ook wel van diensten – is daarvan in ieder geval sprake als de aanbestedende dienst eigenaar wordt van de werken.<sup>789</sup> Daarnaast kan het rechtstreeks economisch belang ook worden vastgesteld wanneer de aanbestedende dienst krachtens een rechtstitel over de werken zal kunnen beschikken of als de aanbestedende dienst economische voordelen zal kunnen behalen uit het toekomstige gebruik of de toekomstige overdracht van het werk.<sup>790</sup> Het rechtstreeks economisch belang kan verder worden gevonden in het feit dat de aanbestedende dienst financieel aan de verwezenlijking van het werk of de dienst heeft deelgenomen of in de risico's die hij loopt bij economische mislukking van het werk/de dienst.<sup>791</sup> Ook bij de organisatie van sociale diensten geldt dat gemeenten een rechtstreeks economisch belang kunnen hebben bij de uitvoering daarvan. Gemeenten die sociale diensten organiseren zijn immers ook (financieel) verantwoordelijk en dragen risico's met betrekking tot de uitvoering.

Van belang met het oog op het onderscheid tussen de overheidsopdracht en de subsidie en de vergunning is allereerst dat als van dit sub-criterium sprake is, een van de sub-criteria van de overeenkomst onder bezwarende titel om te kunnen spreken van overheidsopdracht, is vervuld.<sup>792</sup>

Voorts is van belang dat dit sub-criterium in beginsel ontbreekt bij de subsidie en de vergunning, nu bij deze instrumenten de activiteit wordt uitgevoerd, niet ten behoeve van de verstreckende autoriteit, maar ten behoeve van de ontvanger. Het is dus niet zozeer de overheid, maar het zijn de ontvangers van de subsidie of de vergunning die bij deze instrumenten een rechtstreeks (economisch) belang hebben. Daarbij kan de overheid wel een belang hebben bij deze activiteiten, maar dit zal doorgaans niet als een rechtstreeks, maar slechts als een indirect belang zijn aan te merken. Dit sub-criterium hangt dus nauw samen met de wederkerige dan wel de eenzijdige relatie die wordt gecreëerd bij de verschillende instrumenten. Daarbij zal het rechtstreeks (economisch) belang snel aanwezig zijn zodra bij de aanbestedende dienst de behoefte bestaat de uitvoering ervan zeker te stellen door middel van een contract. Sociale diensten worden overigens altijd ten behoeve van derden, de cliënten, uitgevoerd; het gaat er hier echter om welke verhouding ontstaat tussen de overheid en opdrachtnemer dan wel aanvrager: is dat een tweezijdige relatie en heeft de overheid er een rechtstreeks belang bij dat de opdracht wordt uitgevoerd?

Een voorbeeld, toegepast op het sociaal domein, om dit te illustreren. Een gemeente heeft door middel van een overheidsopdracht contracten gesloten met meerdere zorgaanbieders voor de uitvoering van dagbestedingsactiviteiten. De gemeente wil namelijk een zeker aanbod van dergelijk diensten voor haar inwoners beschikbaar hebben. De gemeente wil ook dat deze diensten goed worden uitgevoerd. Ze legt

789. Helmut Müller, r.o. 50.

790. Helmut Müller, r.o. 51-52; zie ook: *Scala*, r.o. 67, 71, 77; *Auroux/Roanne*, r.o. 17-18, 45.

791. Zie: *Helmut Müller*, r.o. 52; *Auroux/Roanne*, r.o. 13, 17, 18, 45; *Stadt Köln*, r.o. 48-50.

792. Daarnaast kan op basis van dit jurisprudentieel kenmerk ook wel het verschil worden gevonden met bijvoorbeeld activiteiten van verkoop en huur, zie hierover o.a.: Gelderman & Vermeulen, TBR 2019/64.

dan ook de wederzijdse verantwoordelijkheden vast en er worden contractuele verplichtingen aangegaan. In deze verhouding heeft de gemeente een rechtstreeks economisch belang: de gemeente heeft een financieel belang bij de diensten die moeten worden uitgevoerd en zal financiële consequenties dragen bij mislukking daarvan. Ter aanvulling op dit aanbod wenst de gemeente echter ook andere initiatieven te ondersteunen die goede ideeën hebben voor het organiseren van activiteiten voor kwetsbare inwoners. Zij stelt dan ook een bepaald budget beschikbaar en er wordt een subsidieregeling vastgesteld, op basis waarvan geïnteresseerde zorgaanbieders aanvragen kunnen doen om hun activiteit (gedeeltelijk) te laten financieren. Hier heeft de gemeente bij het uitvoeren van deze activiteiten 'slechts' een indirect belang: zij vindt het belangrijk om dergelijke initiatieven te ondersteunen, dan wel te financieren, maar er is geen directe noodzaak voor het uitvoeren van deze diensten en er worden dan ook geen contractuele verplichtingen opgelegd.

Wanneer bij het toekennen van een subsidie of verlenen van een vergunning een (financieel) belang bestaat of ontstaat voor de gemeente dat de activiteit wordt uitgevoerd, kan het rechtstreeks economisch belang snel vast komen te staan. In dat geval is één belangrijk sub-criterium van de overeenkomst onder bezwarende titel vervuld. Bij sociale diensten kan dat er bijvoorbeeld in bestaan dat de gemeente financiële belangen heeft bij het uitvoeren van de diensten en er in die zin (samenhangende) financiële risico's bestaan voor gemeenten bij een slechte uitvoering van de diensten.

#### 4.3.3 **Jurisprudentieel sub-criterium II: afdwingbare uitvoeringsverplichting brengt tweezijdige relatie tot stand**

Een overeenkomst onder bezwarende titel houdt op grond van de jurisprudentie ook in dat sprake is van een afdwingbare uitvoeringsverplichting.<sup>793</sup> Dit sub-criterium is van groot belang voor het onderscheid tussen de overheidsopdracht en de subsidie en de vergunning. Het houdt immers in dat wanneer sprake is van een uitvoeringsverplichting die in rechte kan worden afgedwongen een belangrijk onderdeel van de overeenkomst onder bezwarende titel is vervuld.

Allereerst geldt dat een afdwingbare uitvoeringsverplichting bij een subsidie of vergunning (in beginsel) ontbreekt. Het zijn eenzijdige rechtshandelingen, waarbij één partij (de overheid) moet presteren. De andere partij (de aanvrager) verkrijgt weliswaar een subsidie of vergunning, maar is niet verplicht om de activiteiten waar deze subsidie of vergunning op ziet uit te voeren. Zoals hiervoor vermeld is het echter wel mogelijk om aan een subsidie of vergunning (afdwingbare) uitvoeringsverplichtingen te verbinden door middel van een overeenkomst. Voor de subsidie is deze mogelijkheid zelfs wettelijk geregeld in art. 4:36 Awb. Ook bij subsidies en vergunningen kan namelijk de behoefte bestaan de uitvoering van de betreffende activiteit zeker te stellen. Van belang is echter dat door aan instrumenten als subsidies of vergunningen een dergelijke uitvoeringsverplichting te koppelen, een wederkerige relatie kan ontstaan die deze subsidie of vergunning kan doen

793. Zie par. 3.5.3.4; zie o.a. ook de daar aangehaalde rechtspraak: *Helmut Müller*, r.o. 60 e.v.; *Stadt Köln*, r.o. 49; *ASL Lecce*, r.o. 29; *Piepenbrock*, r.o. 26-27; *IBA Molecular Italy*, r.o. 31.

veranderen in een aanbestedingsplichtige overheidsopdracht.<sup>794</sup> In dat geval is namelijk een belangrijk sub-criterium van de overeenkomst onder bezwarende titel vervuld.

Toegepast op het organiseren van sociale diensten geldt bijvoorbeeld dat wanneer een subsidie wordt verleend voor het uitvoeren van taken rondom huishoudelijke hulp en er tevens door middel van een overeenkomst een uitvoeringsverplichting wordt opgelegd snel sprake zal zijn van een wederkerige relatie als bedoeld bij de overeenkomst onder bezwarende titel. Vooruitlopend op het laatste sub-criterium van de tegenprestatie geldt dan namelijk dat de zorgaanbieder op basis van de uitvoeringsovereenkomst enerzijds verplicht is een bepaalde prestatie ten behoeve van de gemeente te leveren en anderzijds dat hij voor die prestatie aanspraak maakt op financiële middelen, over dit laatste hierna meer.

Van belang is dat wanneer bij een (zogenoemde) vergunning of subsidie aan dit criterium is voldaan, deze instrumenten kunnen omvormen tot een activiteit die voldoet aan de kenmerken van een overheidsopdracht (of concessieopdracht, zie daarover paragraaf 4.2.2.2) in de zin van de aanbestedingsrichtlijnen.<sup>795</sup> Door aan een subsidie of vergunning een uitvoeringsverplichting te koppelen kan namelijk de voor de overheidsopdracht kenmerkende tweezijdige relatie ontstaan: het moeten leveren van een prestatie voor een tegenprestatie. Dit sub-criterium maakt het onderscheid tussen de overheidsopdracht en subsidie en vergunning dan ook verder duidelijk.

Overigens zij daarbij opgemerkt dat de uitvoeringsovereenkomst bij de subsidie in de (bestuursrechtelijke) literatuur ook wel ter discussie is gesteld. Jacobs en Den Ouden wijzen er bijvoorbeeld op dat een dergelijke constructie van een beschikking in combinatie met een uitvoeringsovereenkomst een behoorlijk aantal juridische (bestuursrechtelijke) problemen tot gevolg heeft.<sup>796</sup> Het voert te ver voor dit onderzoek om uitgebreid bij deze problemen stil te staan. Van belang is echter dat zij beiden van mening zijn dat een uitvoeringsverplichting niet past bij een subsidie, aangezien een wezenskenmerk van een subsidie is dat de subsidieontvanger wordt gestimuleerd tot het uitvoeren van bepaalde activiteiten, zonder dat daar een uitvoeringsverplichting aan wordt verbonden.<sup>797</sup> Overigens is Jacobs wel van mening dat de subsidie in de vorm van een overeenkomst moet kunnen worden verstrekt; daaraan hoeft volgens haar echter geen uitvoeringsverplichting te worden gekoppeld.<sup>798</sup> Den Ouden noemt de afdwingingsovereenkomst bij de subsidie 'een vreemde eend in de bijt'.<sup>799</sup> Evenals Jacobs is volgens Den Ouden juist kenmerkend voor de subsidie dat de uitvoering van bepaalde activiteiten wordt gestimuleerd, zonder dat deze worden verplicht. Ook zij wijst erop dat overheden in de praktijk

794. Zie ook o.a.: Drahmman 2015, p. 103, p. 135; Janssen 2018, p. 56; Gelderman & Vermeulen, *TBR* 2019/64; Van den Brink & Verboeket, *AB* 2019/319. Zie kritisch over de uitvoeringsverplichting als criterium: Caranta, *CMLR* 2015, p. 436.

795. De concessieopdracht is evenals de overheidsopdracht op EU-niveau gecoördineerd (Richtlijn 2014/23/EU). De scheidslijn met dit instrument en de vergunning bespreek ik in hoofdstuk 6 (par. 6.6), waarbij grotendeels dezelfde (sub-)criteria van belang zijn.

796. Jacobs 1999, p. 134; Den Ouden 2002, p. 102.

797. Zie o.a. Jacobs 1999, p. 42, p. 133 e.v., p. 140; Den Ouden 2002, p. 102 en 108.

798. Zie bijvoorbeeld haar voorstel voor een regeling voor subsidieovereenkomsten in: Jacobs 1998, p. 237 e.v.

799. Den Ouden 2002, p. 108.

bepaalde activiteiten zeker wensen te stellen door middel van een uitvoeringsovereenkomst. Terecht stelt zij in dat kader echter de vraag of juist in die gevallen niet voor een ander (beleids)instrument moet worden gekozen. Het karakter van subsidieverstrekking verandert volgens haar namelijk wezenlijk wanneer daar een rechtstreeks afdwingbare nakomingsplicht aan wordt verbonden: daarmee zou de kenmerkende burgerlijke vrijwilligheid verdwijnen en een duidelijke scheidslijn tussen de subsidie en overeenkomst nauwelijks meer kunnen worden getrokken.<sup>800</sup> Ik ben het met beide auteurs eens, maar ga op grond van het voorgaande nog een stap verder. Een uitvoeringsverplichting kan er namelijk toe leiden dat sprake is van een overheidsopdracht in de zin van de EU-aanbestedingsrichtlijnen die moet worden aanbesteed; in dat geval kan dus geen sprake meer zijn van een subsidie.

De uitvoeringsverplichting moet daarbij wel worden onderscheiden van andere verplichtingen of voorschriften die aan een subsidie worden gekoppeld op grond van art. 4:37 Awb. Deze betreffen namelijk niet de plicht tot uitvoering maar voorwaarden waaronder de subsidie moet worden uitgevoerd, zoals het houden van administratie voor de uitgaven en inkomsten van de betreffende activiteiten of voorschriften met betrekking tot de aard en de omvang van de activiteiten waarvoor subsidie wordt verleend.

#### 4.3.4 Jurisprudentieel sub-criterium III: ruime uitleg tegenprestatie laat geen ruimte voor verkapte subsidies

Een overeenkomst onder bezwarende titel houdt daarnaast een tegenprestatie (voor de uitvoerder) in.<sup>801</sup> Als bijvoorbeeld sociale diensten voor niets worden verricht, is geen sprake van een overeenkomst onder bezwarende titel en dus van een overheidsopdracht.<sup>802</sup> Van belang is echter dat het HvJ EU in diverse arresten heeft verduidelijkt dat deze tegenprestatie ruim moet worden opgevat. Daarvan is reeds sprake als er voor de ontvanger enig economisch voordeel wordt verkregen voor het uitvoeren van de werken, leveringen of diensten.<sup>803</sup> Zo heeft het Hof dan ook meermaals uitgelegd dat niet alleen een betaling voor geleverde diensten daaronder valt, maar dat ook een (gedeeltelijk) kostendekkende vergoeding als een tegenprestatie moet worden aangemerkt.<sup>804</sup> Ook kostenvergoedingen aan vrijwilligersorganisaties vallen daaronder.<sup>805</sup> Daarnaast kan het gaan om andere economische voordelen zoals het kosteloos gebruik maken van een pand. Dit vormt dan ook een belangrijk sub-criterium van de overheidsopdracht dat het onderscheid tussen de subsidie en de vergunning verder verduidelijkt.

Allereerst is van belang dat dit sub-criterium van de overeenkomst onder bezwarende titel bij de subsidie in ieder geval aanwezig is. Bij een subsidie verkrijgt de aanvrager namelijk financiële middelen om zijn activiteit uit te voeren. Dit voldoet op grond van de jurisprudentie van het HvJ EU dus automatisch aan het criterium

800. Den Ouden 2002, p. 108.

801. Zie uitgebreid uitgewerkt in: par. 3.5.3.5.

802. HvJ EU 10 september 2020, C-367/19, ECLI:EU:C:2020:685 (*Tax-Fin-Lex*).

803. Zie in het bijzonder: *Stadt Köln*, r.o. 44-51. Zie ook: *ASL Lecce*, r.o. 29.

804. Zie o.a.: *ASL Lecce*, r.o. 29; *IBA Molecular*, r.o. 29; zie ook: Van den Brink & Verboeket, *AB* 2019/319.

805. *Spezzino*, r.o. 37.

van de tegenprestatie. Bij een vergunning gaat het om een toestemming om een activiteit uit te mogen voeren. Hier zal de tegenprestatie mogelijk kunnen zien op een exploitatierecht; de vergunning moet dan ook eerder worden onderscheiden van de concessieopdracht (de scheidslijnen daartussen worden verder besproken in hoofdstuk 6, paragraaf 6.6).

Van belang is echter voor de subsidie dat dus automatisch is voldaan aan de tegenprestatie. Deze vaststelling laat dan ook zien dat de aanwijzingen die in de memorie van toelichting bij de subsidietitel staan vermeld, en die worden genoemd in de bestuursrechtspraak en in de literatuur en diverse overheidspublicaties verschijnen (zie paragraaf 4.1 en 4.2.1.2) om de overheidsopdracht en de subsidie van elkaar te onderscheiden, tot verkeerde conclusies kunnen leiden.<sup>806</sup> Op grond van de jurisprudentie van het HvJ EU is immers niet relevant of sprake is van een verband tussen de prestatie en de betaling en of sprake is van een marktconforme betaling. Ook het alleen (gedeeltelijk) vergoeden van kosten is voldoende voor het bestaan van een tegenprestatie. Zo zal bijvoorbeeld een gemeente die sociale diensten organiseert er niet van uit kunnen gaan dat van een overheidsopdracht geen sprake is, omdat alleen de kosten (deels) worden vergoed. Dit kan evengoed dus een overheidsopdracht zijn.

Een juiste interpretatie van dit sub-criterium van de overeenkomst onder bezwarende titel is dan ook van groot belang voor het onderscheiden van de overheidsopdracht met de vergunning en subsidie.

In dat verband wil ik ook reeds een opmerking plaatsen bij de definitie van de subsidie in art. 4:21 Awb, en met name bij de zinsnede 'anders dan betaling voor geleverde goederen of diensten' en de uitleg die daaraan in de memorie van toelichting is gegeven. Deze definitie en zoals uitgelegd in de memorie van toelichting bij dit artikel, houdt namelijk geen rekening met de EU-definitie van de overheidsopdracht, vooral wat betreft dit sub-criterium van de tegenprestatie. Aan het woord 'betaling' is namelijk de betekenis gekoppeld van een marktconforme betaling, terwijl een (gedeeltelijke) kostenvergoeding zou wijzen op een subsidie. Een van mijn aanbevelingen is daarom aan de Nederlandse wetgever om het subsidiebegrip in de Awb duidelijker te onderscheiden van de overheidsopdracht, daarover meer in hoofdstuk 9.

Een relatief kleine tegenprestatie kan er overigens mogelijk voor zorgen dat de opdracht onder de drempelwaarde van de aanbestedingsrichtlijn gaat vallen en daarom niet onder de EU-aanbestedingsregels valt.<sup>807</sup> In dat geval is echter van belang dat op basis van de Aanbestedingswet 2012 ook verplichtingen tot transparantie en gelijke behandeling gelden voor overheidsopdrachten onder de drempelbedragen.

806. Zie deze aanwijzingen o.a. in de *Handreiking PIANOo 2017*; *Handreiking Aanbesteden WMO 2015 en Jeugdwet 2017*; zie verder: Van den Brink & Den Ouden, *NJB 2016/2000*, p. 2892; Drahmman 2015, p. 154; Verboeket, *NTB 2020/202*; Den Ouden, Jacobs & Verheij 2011, p. 18-19; Ten Kate & Van den Ende, *Gst. 2006/149*.

807. Uiteraard moet ook getoetst of sprake is van een duidelijk grensoverschrijdend belang; zie hoofdstuk 2, par. 2.6.

#### 4.3.5 **Tussenconclusie: wederkerige overeenkomst als scheidslijn tussen de overheidsopdracht en de subsidie/vergunning**

Als een handeling van een gemeente aan de EU-definitie van de overheidsopdracht voldoet, moet deze als zodanig worden aangemerkt en de opdracht moet volgens de aanbestedingsregels in de markt worden gezet. Voor het onderscheid tussen de overheidsopdracht en de subsidie/vergunning komt dit met name aan op de scheidslijn van de overeenkomst onder bezwarende titel. De jurisprudentiële sub-criteria maken deze scheidslijn verder duidelijk. Zodra namelijk sprake is van een rechtstreeks economisch belang voor de aanbestedende dienst, er sprake is van een afdwingbare uitvoeringsverplichting en sprake is van een tegenprestatie (waarbij enig economisch voordeel voldoende is), is sprake van een wederkerige overeenkomst die kan worden aangemerkt als een overheidsopdracht. Aan de hand van deze scheidslijn kan onduidelijkheid over het onderscheid tussen de overheidsopdracht en de subsidie/vergunning dan ook worden weggenomen.

De aanwijzingen die nu in de praktijk worden gehanteerd om het onderscheid tussen de overheidsopdracht en de subsidie te bepalen – zoals het verband tussen de betaling en de prestatie, de hoogte van de betaling (marktconform of kostenvergoeding) of van wie het initiatief komt – kunnen tot onduidelijkheid en verkeerde conclusies leiden.<sup>808</sup> De vraag of er een verband bestaat tussen betaling en prestatie of van wie het initiatief komt, kan namelijk op grond van de EU-definitie overheidsopdracht niet worden gebruikt om te bepalen of sprake is van een subsidie of overheidsopdracht. Zij blijken op grond van deze jurisprudentiële sub-criteria immers niet doorslaggevend te kunnen zijn. Het gaat er daarentegen om vast te stellen of aan de vereisten van de overheidsopdracht is voldaan. Wanneer bij een subsidie een afdwingbare uitvoeringsverplichting wordt opgelegd, is snel sprake van een overheidsopdracht gezien de ruime uitleg die aan de tegenprestatie moet worden gegeven.

Een gekozen instrument kan daarbij ook ‘sluipenderwijs’ door een enkele handeling in een ander rechtsinstrument veranderen, bijvoorbeeld als een subsidie door het (later) toepassen van een afdwingbare uitvoeringsverplichting, omvormt tot een overheidsopdracht.

De vraag die ten slotte op basis van het voorgaande gesteld kan worden is of er nog ruimte is voor een subsidie met uitvoeringsovereenkomst. Zoals gezegd ben ik daar geen voorstander van. In de eerste plaats dient namelijk te worden gezien of een uitvoeringsverplichting wel passend is bij een subsidie of dat de overheid als het de uitvoering van een activiteit wil zekerstellen, voor een ander instrument moet kiezen. Daarnaast geldt voor veel subsidies dat wanneer er een uitvoeringsverplichting wordt opgelegd, het instrument omvormt tot een overheidsopdracht.

808. Zie hiervoor par. 4.1 en 4.2.1.2.



#### 4.4 **DE OVERHEID ALS OPDRACHTGEVER, SUPPORTER OF POORTWACHTER BIJ TOEPASSING VAN DE VERSCHILLENDE RECHTSINSTRUMENTEN**

De omschrijving van de instrumenten van overheidsopdrachten, subsidies en vergunningen sluit aan bij drie rollen die de overheid bij de toepassing ervan kan aannemen: de rol van opdrachtgever, supporter of poortwachter. Deze rollen maken het onderscheid tussen de instrumenten verder duidelijk.

Bij een overheidsopdracht (en de concessieopdracht, zie hoofdstuk 6) vervult de overheid duidelijk een opdrachtgeversrol. De overheid wil bepaalde activiteiten verwezenlijkt zien, geeft opdracht tot het uitvoeren van de activiteit en verbindt daar uitvoeringsverplichtingen aan. Als tegenprestatie ontvangt de uitvoerder economische voordelen, doorgaans een geldbedrag. Dit is iets wat een subsidie en een vergunning in beginsel ontberen. Bij deze instrumenten wordt immers geen opdracht gegeven tot het uitvoeren van een activiteit met bijhorende uitvoeringsverplichting. Bij deze opdrachtgeversrol is voorts exclusieve selectie van de contractspartij(en) een belangrijke onderdeel: er moeten (doorgaans) één of meerdere opdrachtnemers worden gekozen voor de uitvoering van de activiteit. Het aanbestedingsrecht ziet toe op dat selectie- en gunningsproces, namelijk dat dit gebeurt in overeenstemming met de beginselen van non-discriminatie, gelijke behandeling, transparantie en proportionaliteit. Treedt de overheid op als opdrachtgever, dan is sprake van een overheidsopdracht.

Bij een subsidie blijkt de overheid vooral een supportersrol te spelen: door middel van dit instrument kan de overheid namelijk bepaalde activiteiten stimuleren of ondersteunen. Hierbij hoort in beginsel geen uitvoeringsverplichting maar 'slechts' een kader waarbinnen bepaalde activiteiten financieel door de overheid kunnen worden ondersteund. Hoewel ook hier een zekere mate van selectie kan plaatsvinden, namelijk als de aanvrager van een subsidie aan voorwaarden voor toekenning moet voldoen waarin bepaalde (generieke) kwaliteitseisen zijn opgenomen, is deze selectie er in beginsel slechts op gericht om niet-geschikte initiatieven te weren. Deze selectie is, anders dan bij een overheidsopdracht, dus in beginsel er niet op gericht om uit een groep geïnteresseerde aanvragers door middel van gunningscriteria de beste(n) te selecteren en zodoende met exclusiviteit een subsidie te gunnen. Wel geldt dat selectie, evenals bij een overheidsopdracht een belangrijker rol gaat spelen als er sprake is van schaarse subsidies: er zijn meer aanvragers dan beschikbare middelen. Het verschil is dat deze selectie bij subsidies door middel van diverse verdelingsmethoden kan geschieden (zoals: loting en op volgorde van binnenkomst), en verdeling door middel van een aanbestedingsprocedure dus niet verplicht is. Dit is te verklaren tegen de achtergrond van het doel van subsidies: het is hier namelijk niet in eerste instantie het doel de beste uitvoerder te contracteren, maar om goede initiatieven te ondersteunen. Daarbij geldt echter dat juist een vergelijkende toets ervoor kan zorgen dat ook hier de beste ideeën met de subsidie worden 'beloond'. Neemt de overheid dan ook een supportersrol aan en steunt zij activiteiten maar dwingt die niet af, dan is sprake van een subsidie.

Ten slotte kan bij de vergunning de rol van de overheid worden aangeduid als een poortwachter. De overheid controleert hier of een aanvrager aan de randvoorwaarden voor het uitvoeren van de activiteit voldoet. Zo ja, dan krijgt de aanvrager toestemming om in de maatschappij (in de beeldspraak van een poortwachter: de stad) zijn activiteit te gaan uitoefenen. Ook hierbij hoort dus geen uitvoeringsplicht. Daarnaast is ook dit instrument in eerste instantie niet gericht op een selectie van één of meerdere geïnteresseerden: iedereen die aan de randvoorwaarden voldoet, wordt toegelaten. Ook hier geldt echter dat selectie, evenals bij de subsidie, een belangrijkere rol gaat spelen als er meer aanvragers zijn dan beschikbare vergunningen. In dat geval kan ook bij de vergunning uit diverse verdelingsmethoden worden gekozen en hoeft geen aanbestedingsprocedure te worden gevolgd om de beste aanvrager(s) van de vergunning te selecteren. Treedt de overheid dan ook op als een poortwachter, waarbij alleen de toetreding van ongeschikte aanvragers wordt geweigerd en speelt zij verder een terughoudende voor wat betreft de uitvoering van de activiteiten, dan is sprake van een vergunning.

Hier zij alvast opgemerkt dat het openhousemodel, dat wordt besproken in het volgende hoofdstuk, zich in dit schema bevindt tussen de opdrachtgeversrol en de poortwachtersrol in. Er is hier namelijk zowel sprake van een opdracht – een contract – als van een open stelsel, waarbij de overheid geen selectie maakt, maar alleen toetst of aan de toetredingsvoorwaarden is voldaan.

Aan de hand van deze onderscheiden rollen van de overheid, wordt dan ook het onderscheid tussen de verschillende instrumenten, en daarmee samenhangend hun juridisch kader, verder zichtbaar. In onderstaand schema is dit voor de overheidsopdracht, subsidie en vergunning, samengevat weergegeven.

<b>Rechts-instrument</b>	<b>Overheidsopdracht</b>	<b>Subsidie</b>	<b>Vergunning</b>
<b>Rol/functie overheid</b>	Opdrachtgever	Supporter	Poortwachter
<b>Doelstelling</b>	Totstandkoming EU-interne markt voor overheidsopdrachten door eerlijke competitie t.b.v. maatschappelijke voordelen voor EU en haar burgers (doelen: art. 3 VEU); nationaal ook: beste prijs/kwaliteitverhouding, maatschappelijke voordelen, efficiënte besteding belastinggeld	Stimuleren/ ondersteunen van bepaalde activiteiten; bij schaarse subsidies ook selecteren en mededinging (gelijke behandeling)	Reguleren van activiteiten waar de overheid niet onwenselijk tegenover staat; bij schaarse vergunningen ook selecteren en mededinging (gelijke behandeling)

<b>Definitie &amp; reikwijdte</b>	Schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel gesloten tussen een/meer ondernemers en een/meer aanbestedende diensten die betrekking hebben op de uitvoering van werken/leveringen/diensten; Art. 1 lid 1 (5) Rln 2014/24/EU jo. art. 1.1 Aw 2012 (drempelbedragen)	Aanspraak op financiële middelen, door een bestuursorgaan verstrekt met het oog op bepaalde activiteiten van de aanvrager, anders dan als betaling voor aan het bestuursorgaan geleverde goederen of diensten; art. 4:21 Awb	Uitzondering op een verbod voor handelingen die de overheid op zichzelf niet onwenselijk acht, maar die zij alleen op bepaalde wijze wil doen plaatsvinden; Niet in algemene zin gedefinieerd; zie wel: 5.17 Ar en art. 4, lid 6, Dienstenrichtlijn/art. 1 Dienstenwet
<b>Rechtsvorm</b>	Overeenkomst (onder bezwarende titel)	Beschikking (eenzijdige publiekrechtelijke rechtshandeling); uitvoeringsovereenkomst mogelijk	Beschikking (eenzijdige publiekrechtelijke rechtshandeling); uitvoeringsovereenkomst mogelijk
<b>Toepasselijk recht</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>– EU-Verdragen, vrijverkeersregels, fundamentele rechtsbeginselen</li> <li>– Rln 2014/24/EU; 2014/23/EU; 2014/25/EU; 2007/66/EG</li> <li>– Jurisprudentie HvJ EU</li> <li>– Aw 2012 (Aw DV)</li> <li>– Gids Proportionaliteit</li> <li>– BW</li> <li>– Awb en abbb (voor bestuursorganen)</li> <li>– lagere regelgeving</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>– art. 107 VWEU, staatssteunbesluiten/-verordeningen/soft law</li> <li>– subsidietitel Awb</li> <li>– Awb en abbb</li> <li>– lagere regelgeving</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>– EU-Verdragen, vrijverkeersregels, fundamentele rechtsbeginselen</li> <li>– Awb en abbb</li> <li>– sectorspecifieke wetten</li> <li>– lagere regelgeving</li> <li><i>Evt:</i></li> <li>– Rln 2006/123/EG</li> <li>– Dienstenwet</li> </ul>

<b>Toekennings- procedure</b>	Aanbestedings- procedure	<i>Niet schaars</i> : alleen randvoorwaarden voor toekenning; <i>Schaarse subsidies</i> : te kiezen uit proce- dures zoals: volgor- de van binnen- komst, veiling, loting, vergelijken- de toets	<i>Niet schaars</i> : alleen randvoorwaarden voor toekenning; <i>Schaarse vergunnin- gen</i> : te kiezen uit procedures als: volg- orde van binnen- komst, veiling, lo- ting, vergelijkende toets
-----------------------------------	-----------------------------	---	---

#### 4.5 VOOR-/NADELEN VAN DE KEUZE VOOR EEN SUBSIDIE OF VERGUNNING OP DE GOEDE ORGANISATIE VAN ZORG

Hebben gemeenten ruimte om sociale diensten (alsnog) door middel van subsidies of vergunningen(stelsels) te organiseren? Gemeenten hebben immers een wettelijke plicht – vanuit de Wmo 2015 of Jeugdwet – om sociale diensten te organiseren en zij zullen dan ook vaak een contract sluiten, met wederzijds bindende verplichtingen, om deze diensten te laten uitvoeren. Op grond van het voorgaande zal dan snel sprake zijn van een overheidsopdracht. Toch is er ook enige ruimte voor het inzetten van subsidies en vergunningen. Hieronder wordt kort ingegaan op die mogelijkheden en aansluitend besproken wat de voor- en/of nadelen kunnen zijn met het oog op een goede organisatie van zorg, wanneer wordt gekozen voor een subsidie of vergunningstelsel om sociale diensten te organiseren.<sup>809</sup>

##### *Voor- en nadelen van een subsidie*

In lijn met het bovenstaande zal een subsidie kunnen worden ingezet voor activiteiten waarbij geen wederzijds bindende verplichtingen hoeven te worden opgelegd. Het gaat dus om aanvullende diensten die niet noodzakelijk zijn om aan de wettelijke verplichting uit de Wmo te voldoen.<sup>810</sup> Zo kan bijvoorbeeld een subsidieregeling worden ingezet (mits geen uitvoeringsverplichting wordt opgelegd) om initiatieven te stimuleren die activiteiten voor kwetsbaren in de gemeente organiseren. Ook kan bijvoorbeeld een subsidieregeling worden ingezet om initiatieven te ondersteunen die verveling onder jongeren of eenzaamheid onder ouderen tegengaan. Te denken valt ook aan een subsidie voor initiatieven die de gezonde leefstijl van de inwoners bevorderen of voor het opzetten/ onderhouden van een buurtcentrum. De overheid treedt hier niet op als opdrachtgever, maar stimuleert de initiatieven die zich daarvoor inzetten of die deze taken op zich willen nemen. Bij al deze

809. Zoals in hoofdstuk 1, par. 1.4.2, uitgelegd, wordt hierbij niet beoogd alle aspecten van 'goede zorg' uitputtend te bespreken, maar wordt aan de hand van vier aspecten geïllustreerd wat voor- en nadelen van een keuze voor het ene dan wel het andere instrument kunnen zijn voor de goede (organisatie van) zorg. In dat kader wordt getoetst aan de vier kernpijlers van de zorg: betaalbaarheid, toegankelijkheid en kwaliteit en het tegengaan van zorgfraude. Onder betaalbaarheid wordt verstaan in hoeverre rekening kan worden gehouden met het beteugelen van de zorgkosten, onder toegankelijkheid wordt alleen keuzevrijheid voor cliënten meegenomen, onder kwaliteit wordt gekeken naar de mogelijkheden om te sturen op (goede) kwaliteit.

810. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn bij de algemene voorzieningen uit de Wmo, waarbij een grote vrijheid is voor gemeenten om te bepalen hoe en in welke mate zij daarin voorzien.

voorbeelden geldt echter dat wanneer wél sprake is van wederzijds afdwingbare verplichtingen, dat sprake zal zijn van een overheidsopdracht.

Niet-schaarse subsidies, die iedere aanvrager die aan de voorwaarden voldoet kan verkrijgen, vormen in beginsel geen overheidsopdracht. Er wordt dan immers geen selectie gemaakt uit geïnteresseerden om met exclusiviteit te gunnen.<sup>811</sup> De vraag is echter of dat in de praktijk vaak voorkomt. Wanneer namelijk sprake is van wederzijds bindende verplichtingen en er meer aanvragers blijken te zijn dan beschikbare gelden, zal ook hier sprake zijn van een overheidsopdracht die had moeten worden aanbesteed. Gaat het om een stelsel waarbij iedere geïnteresseerde die aan bepaalde voorwaarden voldoet de sociale diensten tegen wederzijds bindende verplichtingen mag uitvoeren, dan kan ook sprake zijn van een openhousemodel, zie hoofdstuk 5.

Wat vervolgens de voor- en/of nadelen van een keuze voor de subsidie met het oog op de goede organisatie van zorg betreft, zijn een aantal opmerkingen van belang. Allereerst, en dat hangt samen met het voorgaande, geldt dat het instrument van de subsidie slechts aanvullend kan worden ingezet. Voor die sociale diensten die gemeenten op grond van de wet, bijvoorbeeld de Wmo en de Jeugdwet, moeten organiseren, zullen namelijk afspraken nodig zijn die maken dat sprake is van wederzijds bindende verplichtingen. Anders ontstaat immers het risico dat niet aan de wettelijke verplichting wordt voldaan en de inwoners niet verzekerd zijn van voldoende zorg.

Voorts hoeft het subsidie-instrument niet primair erop gericht te zijn overheidsmiddelen zo efficiënt mogelijk te besteden. Een subsidie hoeft immers niet te worden verstrekt aan het beste initiatief. Een subsidie wordt ofwel verleend aan eenieder die aan de voorwaarden voldoet, ofwel na toepassing van een specifieke verdelingsmethode (loting, verdeling op volgorde van binnenkomst of vergelijkende toets) als er meer aanvragers zijn dan het beschikbare budget toelaat. Er kan dus wel worden gekozen voor een vergelijkende toets, waarbij de subsidie wordt verleend aan de beste initiatieven in termen van een goede prijs tegen een goede kwaliteit of op basis van alleen kwaliteit, maar dit is niet altijd het geval. Afhankelijk van hoe een subsidie wordt ingezet om sociale diensten te organiseren wordt in meerdere of in mindere mate rekening gehouden met de betaalbaarheid en kwaliteit. Daarnaast neemt de overheid bij de subsidie zoals hiervoor besproken geen opdrachtgeversrol aan, maar die van een supporter. Ook dit kan effecten hebben op de kwaliteit. Een ontvanger van een subsidie heeft namelijk veel vrijheid om de activiteit naar eigen inzicht vorm te geven, terwijl de omschrijving van een opdracht doorgaans meer vaststaat; in dat laatste geval zijn er duidelijkere afspraken over de uit te voeren diensten. Daarmee samenhangend is ook de wijze van verantwoording van de inzet van de middelen en de controle op de kwaliteit en de uitvoering van de diensten anders. Een gemeente heeft bij een subsidie immers minder controle en sturing op de (wijze van) uitvoering en de kwaliteit van de gesubsidieerde activiteiten. Evenwel moet daarbij worden opgemerkt dat subsidieverplichtingen kunnen worden verbonden aan de uitvoering van de activiteiten, die daarin deels kunnen voorzien.

811. Zie hierover par. 3.5.5 en par. 5.2.

Wat betreft de keuzevrijheid voor cliënten, kan bij een subsidie afhankelijk van de subsidiepot en de wijze van verdeling daarvan (wordt deze verdeeld over meerdere zorgaanbieders of niet), wel in keuzemogelijkheden voor cliënten worden voorzien. Daarbij geldt dat het ontbreken van contractuele (uitvoerings)verplichtingen — wanneer een subsidie zou worden ingezet om in het totale aanbod te voorzien — ervoor kan zorgen dat diensten, niet (voldoende) beschikbaar zijn, en dus ook dat er minder keuzemogelijkheden zijn.

Wat ten slotte het tegengaan van zorgfraude betreft, kunnen in de subsidievoorwaarden (bekwaamheids)eisen worden gesteld die ervoor zorgen dat malafide zorgaanbieders geen kans maken. Ook kan bij een subsidie de Wet Bibob worden toegepast om onderzoek te doen naar de mate van gevaar van misbruik van de subsidie.<sup>812</sup> Als er op basis van dit onderzoek blijkt dat er ernstig gevaar dreigt dat de subsidie voor verkeerde doeleinden zal worden gebruikt, dan kan de subsidie worden geweigerd.

#### *Voor- en nadelen vergunningstelsel*

Ook wat betreft de keuze voor een vergunningstelsel om sociale diensten te organiseren geldt allereerst dat gemeenten in Nederland een wettelijke verplichting hebben om in een toereikend aanbod aan sociale diensten te voorzien. Er worden dan ook doorgaans wederzijds bindende verplichtingen aangegaan en contracten gesloten met zorgaanbieders om ervoor te zorgen dat hierin wordt voorzien. Deze contracten vormen veelal een overheidsopdracht. Daarbij past echter ook hier de opmerking dat wanneer een stelsel wordt ingericht waarbij met iedere geïnteresseerde zorgaanbieder een contract wordt gesloten, en vervolgens derden uit die zorgaanbieders kunnen kiezen, sprake kan zijn van een openhousemodel (en dus niet van een overheidsopdracht die moet worden aanbesteed).

Interessant is dat in sommige landen wel wordt gekozen voor een vergunningstelsel waarbij geen contracten worden gesloten of wederzijds bindende verplichtingen tussen de overheid en (zorg)aanbieders ontstaan.<sup>813</sup> Het gaat dan om een systeem waarbij de overheid optreedt als ‘poortwachter’ en een vergunningstelsel inricht om zorgaanbieders (enkel) te screenen op geschiktheid en bekwaamheid om sociale diensten te organiseren. Vervolgens verkrijgen cliënten een bepaald (geoormerkt) bedrag of budget toegekend op basis waarvan zij zelf de zorg kunnen gaan uitkiezen bij de zorgaanbieder van hun keuze. In een dergelijk stelsel hoeft er geen contractuele relatie tussen gemeente en zorgaanbieder te ontstaan.<sup>814</sup>

Aangezien in Nederland echter sprake is van een wettelijke verplichting om in sociale diensten te voorzien, is het de vraag of met een dergelijk vergunningstelsel in een voldoende aanbod aan sociale diensten kan worden voorzien. In Nederland zal dan ook in veel gevallen door gemeenten een contract worden gesloten met een aantal zorgaanbieders, zodat de uitvoering van sociale diensten kan worden afgedwongen. In dat geval is snel sprake van een overheidsopdracht.

812. Meer over deze wet, zie par. 1.2.3. Zie verder art. 6 Wet Bibob. Op grond van art. 3 lid 1 Wet Bibob gaat het daarbij om misbruik door a) uit gepleegde strafbare feiten verkregen of te verkrijgen, op geld waardeerbare voordelen te benutten, of b) om daarmee strafbare feiten te plegen.

813. Zie Uenk 2019, p. 250.

814. In andere lidstaten worden vergelijkbare vouchersystemen wel gehanteerd, waarbij burgers een bepaald recht op zorg hebben, en het geoormerkte geld vrij mogen besteden bij de zorgaanbieder naar keuze. Zo bestaat dit bijvoorbeeld wel in Zweden en in voormalig EU-lidstaat Engeland.

Wat de verdere voor- en nadelen voor de keuze van een vergunningstelsel betreft met het oog op de goede organisatie van zorg, is het volgende van belang.

Wat betreft de kwaliteit van sociale diensten geldt dat bij een vergunningstelsel de overheid in beginsel iedereen die aan de voorwaarden voor verlening voldoet, toelaat (toestemming verleent) om de diensten aan te bieden. Vervolgens is het aan de cliënt om voor een van de toegelaten zorgaanbieders te kiezen. In dat verband wordt door Uenk ook wel gesproken van ‘*competitie ex post*’: de toegetreden zorgaanbieders zullen hun best moeten doen om zoveel mogelijk cliënten binnen te halen; dit staat dan tegenover een ‘*competitie ex ante*’, die bij aanbesteden plaatsvindt en waarbij voorafgaand door de aanbestedende dienst wordt beoogd enkel de beste zorgaanbieder(s) te contracteren.<sup>815</sup> Met het oog op de kwaliteit kan dit verschillende effecten hebben. Nadelig kan zijn dat zorgaanbieders niet door middel van een aanbesteding worden uitgedaagd om met de beste oplossing(en) te komen en dat niet alleen de ‘beste’ zorgaanbieders worden gecontracteerd, maar iedereen die aan de voorwaarden voldoet de diensten mag aanbieden. Dit is uiteraard anders als sprake is van schaarse vergunningen en deze vergunningen worden verdeeld door middel van een vergelijkende toets waarbij de vergunningen verdeeld worden over de ‘beste’ aanvragers; een vergelijkbare procedure dus als een aanbestedingsprocedure.

Tegelijk geldt echter dat zorgaanbieders wel hun best moeten doen om cliënten voor hen te laten kiezen; dit kan een positief effect hebben op de kwaliteit, mits cliënten hun keuze laten afhangen van de aangeboden kwaliteit. Overigens moet er dan wel voldoende aanbod aan zorgaanbieders zijn, anders hebben cliënten alsnog niets te kiezen. Ook rijst de vraag of cliënten deze keuze kunnen maken: (hoe) kunnen zij bepalen of een zorgaanbieder van goede kwaliteit is? Het door middel van een vergunningstelsel toelaten van een grote groep zorgaanbieders kan het voor een gemeente lastiger maken om de kwaliteit van de diensten (achteraf) te monitoren. Ook bij een vergunningstelsel kunnen evenwel door middel van de voorwaarden voor verlening van de vergunning, eisen worden gesteld die de betrouwbaarheid en geschiktheid van zorgaanbieders betreffen; dit kan de kwaliteit van de diensten verhogen.

Hier past bovendien een bruggetje naar het feit dat een vergunningstelsel bij uitstek een instrument is om een grote mate van keuzevrijheid voor de cliënt te bewerkstelligen. Het wordt namelijk aan cliënten overgelaten om uit de grote groep toegelaten zorgaanbieders te kiezen. Uit onderzoek is gebleken dat keuzevrijheid voor cliënten een positief effect heeft op de cliënttevredenheid over sociale diensten.<sup>816</sup>

Uit ander onderzoek blijkt echter ook dat een (te) grote mate van keuzevrijheid weer nadelige effecten kan hebben, zoals het ontstaan van ‘keuzestress’ bij de gebruikers: door een groeiend aanbod van diensten, waarbij de verschillen in aanbieder en kwaliteit niet duidelijk zijn, weet de burger niet meer welke keuzes te maken.<sup>817</sup>

815. I&O Research 2015; I&O Research 2016; Uenk 2019, p. 35.

816. Zie hierover: Uenk 2019, p. 282 e.v.

817. Zie o.a.: Timmermans & Klijsma 2007.

Aangezien in Nederland de overheid betaalt voor de uitvoering van de sociale diensten, zal daarbij bij toepassing van een vergunningstelsel geen competitie op prijs plaatsvinden. Alle voorwaarden van een vergunningstelsel, ook de prijs voor geleverde diensten, moeten immers vooraf worden vastgesteld. Dit kan effecten hebben op de betaalbaarheid van sociale diensten, aangezien dus — anders dan bij een aanbestedingsprocedure ingeval prijs en kwaliteit daarbij als gunningscriteria worden meegenomen — geen competitie plaatsvindt op prijs. Uiteraard is dat ook hier anders als schaarse vergunningen worden verdeeld door middel van een vergelijkende toets, waarbij de prijs als element wordt meegenomen.

Wat ten slotte het tegengaan van zorgfraude betreft, geldt dat de openheid van een vergunningstelsel het risico doet toenemen dat ook malafide entiteiten kunnen toetreden. Wel kunnen vergunningsvoorwaarden worden vastgesteld die de toetreding van dergelijke entiteiten tegengaan. De Wet Bibob kan ook hier worden ingezet om misbruik van een vergunning te voorkomen.

Wat de instrumenten van vergunningen en subsidies betreft, is van belang dat zij beide, vergeleken met de overheidsopdracht, vaak worden gezien als een eenvoudigere en minder tijdrovende manier om taken te organiseren en dat de inzet van subsidies en vergunningen tot minder administratieve lasten leiden. Bij een overheidsopdracht moet immers een aanbestedingsprocedure worden gevolgd, terwijl bij een vergunning en subsidie kan worden volstaan met een subsidieregeling of het vaststellen van vergunningsvoorwaarden.

Daarbij kan echter worden aangetekend dat ook bij subsidies en vergunningen voor sociale diensten voorwaarden moeten worden gesteld om ervoor te zorgen dat de taken goed worden uitgevoerd of om ervoor te zorgen dat alleen zorgaanbieders de taken mogen uitvoeren die aan kwaliteits- en opleidingseisen voldoen. Daarnaast moet in een verdelingsmethode worden voorzien in het geval het gaat om schaarse subsidies of vergunningen. Bovendien hangt dit voordeel van subsidies en vergunningen samen met het feit dat niet de beste zorgaanbieders (hoeven te) worden gecontracteerd en geen contractuele verplichtingen worden opgelegd; elementen die gezien het bovenstaande dus ook weer nadelig kunnen zijn voor de goede organisatie van zorg.

#### 4.6 **BEÏNVLOEDING VAN EU-RECHT OP NATIONAAL (BESTUURS)RECHT: JURIDISCHE KADERS INSTRUMENTEN BEWEGEN NAAR ELKAAR TOE?**

Op de verschillende instrumenten van overheidsopdrachten, subsidies en vergunningen zijn verschillende juridische kaders — van EU- en/of van nationaal recht en van publiek en/of privaatrecht — van toepassing. De verschillende instrumenten hebben dan ook verschillende doelen en een verschillende reikwijdte. Het maken van een juridisch correct onderscheid tussen de instrumenten is in dat kader van groot belang. Bij dit alles geldt echter dat deze onderscheiden juridische kaders onder invloed van het Europese recht ook naar elkaar toe bewegen, met name als het gaat om de toepassing van de algemene rechtsbeginselen. Deze beweging is daarbij vooral zichtbaar geworden bij de verdeling van schaarse subsidies en vergunningen, met andere woorden als door overheden net als bij de overheidsopdracht



ook bij de vergunning en de subsidie een soortelijke selectie wordt gemaakt uit geïnteresseerden om de vergunning of subsidie aan één of meerdere aanvragers te verlenen.

In deze paragraaf wordt dan ook ten slotte kort stil gestaan bij deze algemene rechtsbeginselen, EU- en nationaal, die als fundamenteel uitgangspunt gelden bij de toepassing van alle instrumenten en die door beïnvloeding van EU-recht op de nationale rechtsbeginselen, de juridische kaders steeds meer richting elkaar lijken te bewegen.<sup>818</sup>

#### 4.6.1 **Verschillende rechtsinstrumenten raken vergelijkbare Europese en nationale fundamentele rechtsbeginselen ter bescherming van EU-burgers ten opzichte van de overheid**

Algemene rechtsbeginselen spelen bij de toepassing van alle instrumenten een belangrijke rol. Het gaat hier met name om die geschreven of ongeschreven rechtsbeginselen die het handelen van overheden normeren in de verhouding tussen overheid en (Europese of nationale) burgers dan wel ondernemers. Ook kunnen deze beginselen effect hebben op de verhouding tussen burgers of ondernemers onderling: deze beginselen kunnen bijvoorbeeld waarborgen dat voor alle ondernemers die geïnteresseerd zijn in een overheidsopdracht, concessieopdracht dan wel in een (schaarse) vergunning of subsidie een gelijke kans bestaat op het verkrijgen daarvan.<sup>819</sup>

Wat betreft de overheidsopdracht (en concessieopdracht), zijn van groot belang de fundamentele EU-beginselen van non-discriminatie, gelijke behandeling, transparantie en proportionaliteit. Deze beginselen vloeien voort uit het primaire EU-recht, namelijk uit de vrijverkeersbepalingen van het EU-Werkingsverdrag die tot doel hebben het vrij verkeer in en tussen lidstaten te waarborgen. De hiervoor genoemde algemene rechtsbeginselen zijn er bij de gunning van overheidsopdrachten op gericht ervoor te zorgen dat voor alle geïnteresseerde – Europese en nationale – ondernemers een *level playing field* bestaat om een overheidsopdracht te verkrijgen. Deze beginselen beschermen ondernemers in de verhouding van overheid versus ondernemer dan ook tegen discriminerend, willekeurig, disproportioneel of partijdig overheidshandelen bij het gunnen van overheidsopdrachten.

Als het gaat om subsidies en vergunningen zijn in de eerste plaats vooral de geschreven en ongeschreven algemene rechtsbeginselen en abbb van belang. Onder de algemene rechtsbeginselen vallen onder meer het legaliteitsbeginsel, het rechtszekerheidsbeginsel, het gelijkheidsbeginsel en het onpartijdigheidsbeginsel.<sup>820</sup> De abbb hebben specifiek betrekking op de bestuursrechtelijke relatie tussen bestuur

818. Van belang is hier te vermelden dat er ook sprake is van beïnvloeding van EU-recht op het nationaal privaatrecht (zie ook par. 1.4.1), zie Hartkamp e.a. 2014; zie over deze beïnvloeding specifiek voor het aanbestedingsrecht: Bleeker & Manunza 2014; Manunza, Meershoek & Senden 2020, p. 45.

819. Zie voor een voorbeeld van de doorwerking van deze algemene rechtsbeginselen op disproportioneel overheidshandelen bij aanbestedingen, het onderzoek: Manunza & Bouwman 2015<sup>a</sup>.

820. Damen e.a. 2009, p. 306; Bröring & De Graaf 2022, p. 289.

en burger.<sup>821</sup> Onderscheiden kunnen worden, onder meer: het zorgvuldigheidsbeginsel (art 3:2 Awb), het verbod van détournement de pouvoir (art. 3:3 Awb), het beginsel van evenwichtige belangenafweging en van evenredigheid (art. 3:4 Awb), het beginsel van objectiviteit van het bestuur (art. 2:4 lid 1 Awb) het beginsel van deugdelijke motivering (art. 3:46 en 47 Awb), en het vertrouwensbeginsel, specifiek gecodificeerd voor de subsidie in de subsidietitel (art. 4:50 lid 2 Awb). Als ongeschreven abbb kunnen worden genoemd: het gelijkheidsbeginsel, het rechtszekerheidsbeginsel en het transparantiebeginsel. Voor het transparantiebeginsel geldt overigens dat de status van dit beginsel als zelfstandig rechtsbeginsel in het nationale recht nog ter discussie wordt gesteld.<sup>822</sup> In ieder geval geldt daarbij dat een aantal deelaspecten van dit beginsel reeds te vinden zijn in de abbb en Awb, zoals in het gelijkheidsbeginsel, zorgvuldigheidsbeginsel, het beginsel van objectiviteit van bestuur en het rechtszekerheidsbeginsel.<sup>823</sup> Ook is, zoals eerder in dit hoofdstuk besproken (paragraaf 4.2.3), het bieden van ruimte tot mededinging als rechtsnorm erkend bij de verdeling van schaarse publieke rechten, waarbij een transparantieverplichting is geformuleerd.

Deze rechtsbeginselen in het nationale recht waarborgen in het algemeen gesproken dat overheden de aan hen toegekende bevoegdheden ten opzichte van burgers binnen bepaalde rechtstatelijke grenzen uitoefenen. Dit betekent bijvoorbeeld dat alle aanvragers voor een vergunning dan wel subsidie gelijk moeten worden behandeld, dat hun aanvraag objectief en zonder willekeur wordt beoordeeld, dat het vergunningstelsel of de subsidieregeling berust op een van tevoren kenbare regeling en dat voldaan is aan het evenredigheidsbeginsel, wat bijvoorbeeld wil zeggen dat er geen disproportionele eisen aan de aanvragers worden gesteld. Daarnaast geldt voor vergunningstelsels die een effect hebben op het vrij verkeer van vestiging en diensten in de EU, dat ook algemene rechtsbeginselen van EU-recht in acht moeten worden genomen: het non-discriminatiebeginsel, het transparantiebeginsel, het evenredigheidsbeginsel en het onpartijdigheidsbeginsel (ook wel: objectiviteit).<sup>824</sup> Dergelijke stelsels moeten worden gerechtvaardigd op basis van een dwingende reden van algemeen belang en zij moeten in hun toepassing in overeenstemming zijn met deze beginselen en uitgangspunten om het vrij verkeer niet verder te belemmeren dan nodig.<sup>825</sup>

Op de verschillende instrumenten zijn dus in zekere zin vergelijkbare rechtsbeginselen van toepassing in de verhouding overheid versus burger, omdat zij er alle op gericht zijn dat de overheid bij haar handelen niet willekeurig optreedt, niet discrimineert en transparant en proportioneel handelt. De uitwerking van de beginselen op de instrumenten in het algemeen verschilt in beginsel echter wel per instrument. Ook hier kan een vergelijking met de rollen van de overheid die hiervoor zijn geïdentificeerd behulpzaam zijn om deze onderscheiden werking te illustreren.

821. Damen e.a. 2009, p. 307; Bröring & De Graaf 2022, p. 290.

822. Zie over deze discussie: Widdershoven 2019, p. 459-468; Drahmman 2015, p. 356; Botman 2015, p. 395-397; Buijze, *JBPlus* 2016.

823. Zie Van den Brink e.a. in: Prechal/Widdershoven 2017, p. 260.

824. Zie voor dit laatste onpartijdigheidsbeginsel bijvoorbeeld een uitwerking in de Dienstenrichtlijn 2006/123/EG, art. 12 en 13.

825. Zie bijv. HvJ EG 20 februari 2001, C-205/99, ECLI:EU:C:2001:107 (*Analir e.a.*); zie ook in de Dienstenrichtlijn 2006/123/EG, o.a. art. 9.

Wanneer de overheid als een opdrachtgever handelt en aan één of meerdere ondernemers met uitsluiting van anderen een overheidsopdracht gunt, dan waarborgen de beginselen (uitgewerkt in de aanbestedingsregels, die een uitkristallisering vormen van die beginselen) dat bij de gunning aan die ondernemer(s), geen willekeur plaatsvindt en dat transparant en proportioneel wordt gehandeld. Wanneer de overheid echter 'slechts' als een poortwachter handelt, zoals bij een (niet-schaarse) vergunning, dan moeten de beginselen ervoor zorgen dat aan de poort geen ongelijke behandeling en willekeur plaatsvindt. De werking van de beginselen is dan anders omdat de overheid in beginsel geen verdere selectie maakt dan het enkele toetsen aan noodzakelijke randvoorwaarden. Hetzelfde geldt voor de supportersrol als de overheid subsidies verstrekt. Ook hier hoeft de overheid in beginsel geen selectie te maken en is de werking van de beginselen 'beperkt' tot een toetsing aan de poort, oftewel van de aanvraag. Dit alles kan echter veranderen als sprake is van een schaarse vergunning of subsidie, waarbij er meer aanvragers zijn dan beschikbare vergunningen dan wel subsidies. In dat geval moet de overheid wel een (verdergaande) selectie maken uit potentiële gegadigden. Mogelijk kunnen dan wel, mede onder invloed van EU-recht, de nationale algemene rechtsbeginselen een vergelijkbare werking krijgen als in het aanbestedingsrecht bij de selectie van de beste ondernemer(s) voor een overheids- of concessieopdracht.

#### 4.6.2 Invloed EU-aanbestedingsrecht op verdeling van schaarse subsidies en vergunningen

De algemene rechtsbeginselen van EU- en nationaal recht die van toepassing kunnen zijn op de instrumenten van overheidsopdrachten, vergunningen en subsidies, staan niet op zichzelf. Er is sprake van wederzijdse beïnvloeding tussen deze rechtsbeginselen van Europese en nationale aard en er is sprake van invloed van EU-recht op nationale rechtsbeginselen.<sup>826</sup> Zo zijn de algemene beginselen van EU-recht in eerste instantie ontleend aan de rechtsordes van de verschillende lidstaten, en vervolgens in getransformeerde vorm aan de lidstaten teruggeven.<sup>827</sup> Algemene beginselen uit de lidstaten hebben namelijk voor het HvJ EU als belangrijke inspiratiebron gediend bij het oplossen van geschillen. Omgekeerd zijn de beginselen in het EU-recht verder ontwikkeld en werken die getransformeerde beginselen nu door in de rechtsordes van de lidstaten. Van belang is bijvoorbeeld dat bij de ontwikkeling van het evenredigheidsbeginsel in het Nederlandse bestuursrecht het Unierechtelijke evenredigheidsbeginsel een belangrijke rol heeft gespeeld.<sup>828</sup> Daarnaast zijn op EU-niveau ook nieuwe beginselen ontwikkeld die doorwerken in de stelsels van de lidstaten, zoals het beginsel van loyale samenwerking. Beginselen worden daarbij gekenmerkt door een bepaalde openheid en kunnen dan ook dienen als een brug tussen verschillende juridische kaders, bijvoorbeeld van EU-recht en nationaal recht.<sup>829</sup>

826. Zie hierover uitgebreid in Prechal & Widdershoven 2017.

827. Zie hierover: Koopmans, AA 1991, p. 927-933; Hofmann, Rowe & Turk 2011. Zie daarover uitgebreid ook: Van den Brink e.a. 2017, p. 125 e.v.

828. Zie Prechal & Widdershoven 2017; Van den Brink e.a. 2017, p. 194. Zie recent nog sterker in: Conclusie A-G Widdershoven en A-G Wattel, van 7 juli 2021 over de evenredigheidstoets door de bestuursrechter in verband met de zaken met zaaknummers: 202000475/1; 202002668/1; 202006932/1.

829. Zie Prechal & Widdershoven 2017; Van den Brink e.a. 2017, p. 123.

Onder invloed van EU-recht zijn veel nationale algemene rechtsbeginselen verder ontwikkeld en ingevuld en spelen zij nu een belangrijke rol in de verhouding overheid tot burgers, bijvoorbeeld bij de verlening van subsidies en vergunningen. Daarnaast is echter van belang dat het EU-recht, zoals het EU-aanbestedingsrecht en de beginselen die voortvloeien uit de vrijverkeersbepalingen, de invulling en werking van de nationale beginselen verder heeft beïnvloed, namelijk in die situaties dat overheden ook bij de verlening van subsidies en vergunningen er toe (moeten) overgaan deze onder potentiële gegadigden te verdelen. Dit is van belang nu op grond daarvan regels van vergelijkbare aard van toepassing kunnen worden bij de toepassing van de verschillende instrumenten. Met name in deze situaties kan worden gesteld dat de juridische kaders zich naar elkaar toe bewegen.

Zoals reeds opgemerkt is de uitwerking van de algemene rechtsbeginselen bij overheidsopdrachten en concessies dan wel subsidies en vergunningen namelijk nog wel verschillend, aangezien bij de eerste twee instrumenten een selectie wordt gemaakt om aan één of meerdere ondernemers met exclusiviteit een opdracht te gunnen, en bij de laatste twee in beginsel niet. Bij deze laatste twee instrumenten is het dan ook in beginsel niet nodig dat de rechtsbeginselen een rol spelen bij het maken van die verdergaande selectie, waar de regels van het aanbestedingsrecht dus wel op gericht zijn. Dit is echter anders als een subsidie of een vergunning schaars is. Op het moment dat er meer aanvragers zijn dan beschikbare rechten, dan moeten de schaarse subsidies en vergunningen worden verdeeld. In dat geval kan ook hier worden gesproken van een zekere selectie en gaan dezelfde beginselen als bij overheidsopdrachten, ook bij subsidies en vergunningen een meeromvattende rol spelen.

In de hiervoor reeds kort aangehaalde recente bestuursrechtspraak is door de Nederlandse bestuursrechter geoordeeld dat er in het Nederlandse recht een rechtsnorm is die ertoe strekt dat bij de verdeling van deze schaarse subsidies en vergunningen aan (potentiële) gegadigden ruimte moet worden geboden om mee te dingen naar de schaarse vergunning en subsidie. Deze norm wordt gebaseerd op het nationale gelijkheidsbeginsel, maar is duidelijk geïnspireerd door het EU-(aanbestedings)recht.<sup>830</sup> Daarnaast oordeelt de rechter dat daaruit ook een transparantieverplichting voortvloeit, die inhoudt dat bestuursorganen bij de verlening en verdeling van schaarse vergunningen verplicht zijn alle potentiële gegadigden gelijkelijk te laten meedingen. In dat kader moeten bestuursorganen ook een ‘passende mate van openbaarheid’ garanderen met betrekking tot de beschikbaarheid van de schaarse vergunning (i); de verdelingsprocedure; (ii); het aanvraagtijdvak (iii); en de van toepassing zijnde criteria (iv). Hier gaan vergelijkbare regels een rol spelen – de mate is afhankelijk van de gekozen verdelingsmethode – die net als in het

830. Zie de eerder reeds besproken zaak ABRvS 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2927 waarin de Afdeling duidelijk de Conclusie van A-G Widdershoven van 25 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1421, volgt. In deze conclusie laat de A-G zien dat dergelijke normen in het EU-recht reeds gelding hebben. Deze uitspraak laat zien dat deze normen via het nationale gelijkheidsbeginsel nu ook zijn erkend in het nationale recht.

aanbestedingsrecht gelden om te waarborgen dat ook bij de verdeling van schaarse vergunningen en subsidies met name de fundamentele rechtsbeginselen van gelijke behandeling en non-discriminatie worden gewaarborgd.

Evenwel is van belang dat bij subsidies en vergunningen geen aanbestedingsplicht geldt en dus een keuze bestaat uit verschillende verdelingsmethoden. Ik ben er ook geen voorstander van om alle schaarse subsidies en vergunningen aan een verplichte aanbestedingsprocedure te onderwerpen, daarvoor blijven subsidies en vergunningen in hun verschijningsvorm te verschillend. Wel wil ik erop wijzen dat juist door de toepassing van gunningsprocedures met een vergelijkende toets, de overheid bij bepaalde vergunningen of subsidies die zich daarvoor lenen, aanvragers kan uitdagen tot meer, zodat de voor de maatschappij beste oplossingen worden gekozen. Door middel van (vooraf vastgestelde) inhoudelijke gunningscriteria, waarbij bijvoorbeeld punten worden gegeven aan de mate van duurzaamheid van het initiatief, de mate waarin gebruikers worden betrokken, of de kwaliteit van het plan van aanpak, kan namelijk het beste initiatief of kunnen de beste initiatieven worden gekozen.

Een keuze voor een aanbestedingsprocedure zal met zich meebrengen dat bij de verlening van vergunningen en subsidies, vergelijkbare regels kunnen gaan gelden als die in de EU-aanbestedingsrichtlijnen zijn opgenomen om de gelijke kansen voor alle geïnteresseerden te waarborgen. Zo zal bijvoorbeeld een vergelijkbare regeling voor redelijke termijnen voor indiening van de aanvragen kunnen gaan gelden, regels die het contact van overheden tussen ondernemers betreffen en zal herstel van fouten in de aanvraag voor een subsidie en de vergunning niet zomaar toegestaan zijn. Uiteraard zijn de aanbestedingsregels daarbij toegespitst op overheidsopdrachten, niet op vergunningen of subsidies, en zullen dus niet alle regels één op één van toepassing worden, maar de juridische kaders gaan elkaar in essentie wel overlappen.

Een interessant voorbeeld is een zaak van de ABRvS waarin zij heeft geoordeeld, overigens uit het oogpunt van effectieve rechtsbescherming, dat in een besluit waarin een aanvraag om een schaarse vergunning wordt geweigerd, ook moet worden gemotiveerd welke aanvragen hoger zijn gerangschikt en waarom.<sup>831</sup> Dit zijn eisen die ook in het aanbestedingsrecht terugkomen.<sup>832</sup> Hier is dan ook duidelijk beïnvloeding van nationaal recht door het EU-aanbestedingsrecht waar te nemen.

#### 4.7 CONCLUDEREND

Aanwijzingen die in diverse publicaties en literatuur terug te vinden zijn om vast te stellen of sprake is van een overheidsopdracht of subsidie, en ook worden toegepast in het sociaal domein – zoals of sprake is van een marktconforme betaling (overheidsopdracht) dan wel een bijdrage in de kosten (subsidie); of van wie het initiatief komt: de overheid (overheidsopdracht), of marktpartijen (subsidie) –

831. ABRvS 8 juli 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1597, BR 2020/76 m.nt. S. Elbertsen, S.G. ten Hertog, JB 2020/152, Gst. 2020/138 m.nt. A. Drahmman.

832. Vgl. art. 84 Richtlijn 2014/24/EU; art. 2.132 Aw 2012.

blijken niet relevant of tenminste niet doorslaggevend te kunnen zijn om de instrumenten overheidsopdracht en subsidie van elkaar te onderscheiden.

Op grond van de EU-definitie van de overheidsopdracht moeten namelijk alle handelingen die een overeenkomst onder bezwarende titel inhouden (en als aan de overige vereisten is voldaan) als zodanig worden aangemerkt. De overeenkomst onder bezwarende titel, inclusief de nadere sub-criteria uit de jurisprudentie als onderdelen van dit wettelijke criterium van de overheidsopdracht, vormen dan ook een belangrijke scheidslijn tussen de overheidsopdracht en de instrumenten van subsidies en vergunningen.

Van belang is daarbij dat als aan de subsidie of vergunning een uitvoeringsverplichting wordt gekoppeld, dat dan al snel sprake zal zijn van een overheidsopdracht.<sup>833</sup>

Op basis van de scheidslijn overeenkomst onder bezwarende titel kan dan ook een duidelijk onderscheid tussen deze instrumenten worden gemaakt en kan de situatie van onduidelijkheid zoals die nu is ontstaan, worden weggenomen. In hoofdstuk 9 zal ik daartoe nog enkele concrete aanbevelingen aan de EU- en nationale wetgever doen om de bestaande onduidelijkheid verder tegen te gaan. Ten slotte kunnen ook de verschillende rollen die de overheid aanneemt bij de verschillende instrumenten behulpzaam zijn bij het onderscheiden daartussen: treedt de overheid op als opdrachtgever, poortwachter of supporter?

Aangezien gemeenten een wettelijke plicht hebben om in een bepaald aanbod aan sociale diensten voor hun inwoners te voorzien, kunnen subsidies en vergunningen vaak niet worden gehanteerd om deze diensten te organiseren. Zodra immers sprake is van wederzijds bindende verplichtingen, is (snel) sprake van een overheidsopdracht. Subsidies kunnen echter wel een rol spelen om te voorzien in sociale diensten in aanvulling op het wettelijk verplichte aanbod. Door middel van subsidies kunnen immers goede initiatieven voor goede zorg worden ondersteund of gestimuleerd. Een vergunningstelsel kan worden gehanteerd daar waar geen bindende verplichtingen nodig zijn; overigens zij daarbij ook gewezen op de mogelijkheid van een openhousemodel.

Met het oog op de goede (organisatie van) zorg moet bij een keuze voor de subsidie of vergunning er echter mee rekening worden gehouden dat deze instrumenten niet primair gericht zijn op het selecteren van de beste initiatieven/zorgaanbieders. De overheid acteert hier namelijk als een supporter of poortwachter: het stimuleert initiatieven dan wel controleert of een zorgaanbieder voldoet aan de (geschiktheids)eisen. Hoewel bij deze instrumenten – afhankelijk van de wijze waarop zij worden ingezet – in meer of mindere mate kan worden gestuurd op ‘goede zorg’ met het oog op de betaalbaarheid, toegankelijkheid en kwaliteit daarvan – acteert de overheid hier dan ook niet als een opdrachtgever om de (goede) uitvoering van een opdracht zeker te stellen.

833. In het geval van een vergunning zal daarbij sprake kunnen zijn van een concessieopdracht, dit wordt besproken in hoofdstuk 6, par. 6.6.

## Hoofdstuk 5

# Het openhousemodel: alternatief instrument voor de organisatie van overheidstaken

### 5.1 INLEIDING

De *Monitor Gemeentelijke zorginkoop 2018*, waarin de stand van zaken rondom de inkoop van Wmo-diensten en jeugdzorg per 2018 is onderzocht, maakte melding dat veel gemeenten contracten aanbesteden die niet onder de aanbestedingsverplichting vallen.<sup>834</sup> Het HvJ EU had in de arresten *Falk Pharma* uit 2016 en *Tirkkonen* uit 2018 namelijk uitgelegd dat wanneer diensten (of leveringen) worden uitbesteed door middel van een open systeem – dat wil zeggen: een procedure waarbij de aanbestedende dienst met elke geïnteresseerde ondernemer die aan vooraf vastgestelde (objectieve) randvoorwaarden voldoet, een contract sluit, en de keuze vervolgens aan derden wordt overgelaten – het aanbestedingsrecht niet van toepassing is.<sup>835</sup>

In de Monitor brengen de onderzoekers eerst in kaart voor welke instrumenten gemeenten hebben gekozen (overheidsopdracht, subsidie, Open House). Zo is in 2018 voor de uitbesteding van maatwerkvoorzieningen onder de Wmo, slechts door 3% van de gemeenten gekozen voor een zogenoemde ‘Open House’-constructie, 4% van de gemeenten koos voor een subsidie om deze diensten te organiseren en het overgrote deel, 92%, heeft de uitvoering van deze diensten georganiseerd door middel van een overheidsopdracht, waarbij een aanbestedingsprocedure is gevolgd.<sup>836</sup> Voor de jeugdzorg zijn die getallen respectievelijk 21% (Open House), 3% (subsidie) en 76% (overheidsopdracht).<sup>837</sup>

In het rapport is echter met het oog op bovengenoemde arresten naast de feitelijke gegevens ook gekeken naar de karakteristieken van de gekozen procedure: van welk instrument is daadwerkelijk – volgens het recht – sprake? Uit die analyse volgt volgens de onderzoekers dat in een groot aantal van de gevallen, 87% onder de Wmo en 90% als het gaat om jeugdzorg, waarin werd gekozen voor een overheidsopdracht, de procedure in feite werd vormgegeven als een Open House.<sup>838</sup> In die gevallen worden namelijk contracten gegund aan alle geïnteresseerde zorgaanbieders die voldoen aan standaardvoorwaarden en kwaliteitseisen en wordt de keuze voor één van de zorgaanbieders vervolgens overgelaten aan de gebruikers van sociale diensten.<sup>839</sup> Bij deze procedure wordt dan ook geen selectie gemaakt

834. Uenk e.a. 2018 (Monitor Gemeentelijke zorginkoop 2018). Het gaat om getallen per 1 januari 2018. Zie ook uitgebreider wetenschappelijk onderzoek: Uenk & Telgen, *Journal of Purchasing and Supply Management* 2019.

835. Zie: HvJ EU 2 juni 2016, zaak C-410/14, ECLI:EU:C:2016:399 (*Falk Pharma*); HvJ EU 1 maart 2018, zaak C-9/17, ECLI:EU:C:2018:142 (*Tirkkonen*). Bouwman, JAAN 2016/13; Bouwman, JAAN 2018/15; McGowan, PPLR 2018; Van Nouhuys, TAAN 2018/43; Nijhof, NtEr 2018; Sánchez-Graells 2018. Meer daarover hierna.

836. Uenk e.a. 2018, p. 27.

837. Uenk e.a. 2018, p. 45.

838. Uenk e.a. 2018, p. 45.

839. Uenk e.a. 2018, p. 27.

om contracten met exclusiviteit aan één of meerdere zorgaanbieders te gunnen en ontbreekt daarmee de gunningsfase: contracten worden gegund aan alle geïnteresseerden die aan randvoorwaarden voldoen.

Mits voldaan aan de voorwaarden gesteld zoals in *Falk Pharma* en *Tirkkonen* – aan die voorwaarden voor openhousestelsels zal in dit hoofdstuk aandacht worden besteed – betekent dit dat gemeenten voor deze contracten geen aanbestedingsprocedure hadden hoeven te volgen om de zorgaanbieders te contracteren. Hierna wordt dit open systeem aangeduid als het openhousemodel. In dit hoofdstuk wordt daarbij het openhousemodel als een alternatief instrument besproken dat gemeenten kunnen kiezen om sociale diensten te organiseren en die moet worden onderscheiden van een overheidsopdracht. Het gaat namelijk om een instrument waarbij wel overheidscontracten worden gesloten, maar dat wat betreft de toetreding (enkel op basis van randvoorwaarden), vergelijkbaar is met een vergunningstelsel.

In Nederland heeft het openhousemodel, als op zichzelf staand instrument dat kan worden gekozen voor het organiseren van bijvoorbeeld sociale diensten, pas bekendheid gekregen na de arresten *Falk Pharma* (2016) en *Tirkkonen* (2018) van het HvJ EU.<sup>840</sup> In andere landen werd reeds gebruik gemaakt van dergelijke stelsels, bijvoorbeeld onder de naam ‘*Open House-Modell*’, ‘*Open-House-Vertrag*’, ‘*customer choice*’ en ‘*service voucher systems*’.<sup>841</sup> Ook in *soft law* van de Europese Commissie en Richtlijn 2014/24/EU werd deze vorm van contracteren reeds benoemd als een alternatief instrument voor het organiseren van diensten of het leveren van producten.<sup>842</sup> De *Monitor gemeentelijke zorginkoop* van 2019 en 2020 die volgden op die van 2018, laten zien dat in Nederland inmiddels meer duidelijkheid bestaat over het openhousemodel.<sup>843</sup> Tegelijk volgt daaruit echter dat gemeenten nog regelmatig contracten als een overheidsopdracht bestempelen die dat waarschijnlijk niet zijn. Zo kiezen per 2019 meer gemeenten expliciet voor Open House, het gaat nu om 51% voor de Wmo en 36% voor de Jeugdwet. Ook hier worden volgens onderzoekers echter in een behoorlijk aantal gevallen, 36% voor de Wmo en 43% voor de Jeugdwet, overeenkomsten door middel van een aanbestedingsprocedure gegund, die juridisch gezien niet hadden hoeven te worden aanbesteed, omdat de contracten aan alle zorgaanbieders (zonder selectie) worden toegekend die aan de randvoorwaarden voldoen. Volgens de Monitor Gemeentelijke Zorginkoop 2020 zijn gemeenten per 2020 niet veel vaker – voor jeugdzorg zelfs minder – voor Open House gaan kiezen: in dat jaar wordt bij het organiseren van Wmo-diensten in 53% van de gevallen gekozen voor een openhousesysteem en bij het inkopen van diensten onder de Jeugdwet in 23% van de gevallen.<sup>844</sup> Wordt echter naar de karakteristieken gekeken van de procedures die zijn gekozen om deze diensten te organiseren, dan

840. Zie supra reeds aangehaald.

841. Deze systemen worden ook reeds benoemd in de considerans van Richtlijn 2014/24/EU, punt 4. Zie bijvoorbeeld ook in: Caranta, *CMLR* 2015, p. 447 e.v. Zie verder ook *Falk Pharma*, r.o. 31. Schuler-Harms 2017, p. 571.

842. Zie Richtlijn 2014/24/EU, punt 4 en 114. Zie ook in de considerans bij Richtlijn 2014/23/EU, punt 13. Maar zie eerder ook al in documenten van de Europese Commissie: SWD(2013) 53 final/2, nr. 216. Zie verder: COM(2006) 177 definitief, p. 9/10.

843. Uenk, Wind & Telgen 2019; Uenk & Wind 2020 (*Monitor gemeentelijke zorginkoop 2019 en 2020*).

844. Uenk & Wind 2020 p. 29-31; p. 37-39.



geldt nog steeds dat in een vergelijkbaar aantal gevallen als in 2019, 31% voor de Wmo en 43% voor de Jeugdwet, dat in plaats van een overheidsopdracht mogelijk sprake is van een openhousemodel.

Naast de onduidelijkheid over de scheidslijnen tussen de overheidsopdracht en dit openhousemodel, bestaat in de Nederlandse praktijk bovendien onduidelijkheid over het juridisch kader dat op dit instrument van toepassing is.<sup>845</sup> Ook wanneer een gemeente een dergelijk systeem hanteert, gelden immers wel degelijk (EU-)regels die evenals bij overheidsopdrachten, de overheid verplichten de beginselen van gelijke behandeling en proportionaliteit in acht te nemen. Tegelijkertijd is sprake van een ander rechtsregime, dat – inherent aan de karakteristieken van een openhousemodel – andere procedurele eisen stelt aan de toekenning van deze contracten dan bij de gunning van overheidsopdrachten. Het volgen van een aanbestedingsprocedure bij contracten toegekend door middel van een openhousesysteem, kan dan ook leiden tot disproportionele toepassing van regels die niet van toepassing (hoeven te) zijn. Ook kan het ertoe leiden dat aan zorgaanbieders procedurele rechten worden ontzegd, bijvoorbeeld met betrekking tot het herstel van fouten bij de inschrijving. Daarbij zij wel reeds opgemerkt dat overheidsopdrachten voor sociale diensten vallen onder een lichtere aanbestedingsregeling, waarop ook minder regels van toepassing zijn; de regels die van toepassing zijn op een overheidsopdracht of openhousemodel voor sociale diensten zullen dan ook mogelijk niet zoveel van elkaar verschillen.

Het openhousemodel, als instrument naast de overheidsopdracht en andere instrumenten om sociale diensten te organiseren, staat in dit hoofdstuk centraal. Allereerst zal in paragraaf 5.2 worden ingegaan op de scheidslijn tussen de overheidsopdracht en het openhousemodel aan de hand van de arresten *Falk Pharma* en *Tirkkonen*. Daarbij worden ook de karakteristieken van het openhousemodel duidelijk. Vervolgens zal deze scheidslijn in paragraaf 5.3 worden toegepast op het sociaal domein. In dat verband zal ik ingaan op de vraag of loting of het toepassen van hogere kwalitatieve eisen om het aantal zorgaanbieders in een openhousemodel te beperken, als selectie is aan te merken in de zin van de aanbestedingsrichtlijnen, zodat niet langer sprake is van een openhousemodel. In paragraaf 5.4 komt het juridisch kader aan de orde dat op het openhousemodel van toepassing is en zullen de juridische implicaties daarvan voor het gebruik van openhousesystemen in de praktijk, nader worden beschouwd. Aansluitend wordt in paragraaf 5.5 aan de hand van Advies 507 van de CvAE, een voorstel gedaan voor een regeling van het openhousemodel in de Nederlandse wetgeving. Vervolgens wordt in paragraaf 5.6 kort ingegaan op de spanning die ontstaat wanneer de aanbestedingsregels worden toegepast op een openhousemodel. Ten slotte ga ik in paragraaf 5.7 in op enkele voor- en/of nadelen die een keuze voor het openhousemodel op de ‘goede (organisatie van)

845. Dit blijkt o.a. uit: De Koster, *Binnenlands Bestuur* 13 september 2019. Zie eenzelfde beeld in rechtspraak, o.a.: Rb. Zeeland-West-Brabant (vzr.) 13 november 2017, ECLI:NL:RBZWB:2017:7312, r.o. 4.3; Gerechtshof 's-Hertogenbosch 30 oktober 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:4534, r.o. 6.13; zie verder ook: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 17 april 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:3605; Rb. Den Haag (vzr.) 22 oktober 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:11096. De vraag is wel of de rechter hier aan zet is of dat het eerder aan de wetgever is om in een juridisch kader te voorzien, zie in het algemeen daarover ook: Manunza, *NJB* 2010/37, p. 2408-2413.

zorg' kan hebben. Aan de hand daarvan kunnen gemeenten beoordelen in hoeverre dit instrument met het oog op een aantal aspecten van een goede organisatie van zorg een geschikt instrument is om het sociaal domein in te richten.

## 5.2 EXCLUSIEVE SELECTIE IS SCHEIDSLIJN TUSSEN OVERHEIDSOPDRACHT EN OPENHOUSEMODEL

In deze paragraaf staat de scheidslijn tussen de overheidsopdracht en het openhousemodel centraal. Aan de hand van de arresten *Falk Pharma* en *Tirkkonen* zal duidelijk worden dat die scheidslijn kan worden gevonden in het kenmerk van exclusieve selectie: er is alleen sprake van een overheidsopdracht die onder de aanbestedingsrichtlijnen valt, als deze opdracht aan één of meerdere ondernemers met exclusiviteit wordt gegund.<sup>846</sup> Daarbij gaat het er in essentie om of gunningscriteria zijn gesteld die een vergelijking of rangschikking uit inschrijvingen maken. Op basis van deze scheidslijn worden ook de karakteristieken van het openhousemodel duidelijk: een open stelsel waarbij iedere geïnteresseerde ondernemer die aan vooraf door de aanbestedende dienst vastgestelde (objectieve) randvoorwaarden voldoet, wordt toegelaten om een overeenkomst met de aanbestedende dienst te sluiten en waarbij de keuze voor een van de toetredende ondernemers wordt overgelaten aan derden of gebruikers.

### 5.2.1 Openhousemodel: open toetredingssysteem met vaste toetredingscriteria, waarbij keuze wordt overgelaten aan derden/gebruikers

In het arrest *Falk Pharma* draait het geschil om een open systeem dat door een Duits ziekenfonds 'DAK Gesundheit' wordt gehanteerd voor het sluiten van kortingsovereenkomsten voor geneesmiddelen met de werkzame stof mesalazine — een middel dat ontstekingen in de darmwand remt.<sup>847</sup> In Nederland lijkt de benaming 'openhousemodel' te zijn overgenomen uit dit arrest, nu het systeem in Duitsland als een 'Open-House-Modell' werd aangemerkt.<sup>848</sup> Kenmerkend aan de gevolgde procedure, die overigens voortvloeide uit een wettelijke verplichting uit het Duitse wetboek inzake sociale zekerheid, is dat alle belangstellende ondernemingen die aan de toelatingscriteria voldoen worden toegelaten tot het systeem en dat met al deze ondernemingen identieke kortingsovereenkomsten worden gesloten. De voorwaarden stonden vooraf vast, daarover kon niet worden onderhandeld, en ondernemingen konden ook tijdens de looptijd van het systeem van kortingsovereenkomsten toetreden onder dezelfde voorwaarden.<sup>849</sup> Daarbij maakt niet DAK een keuze voor één of meerdere geïnteresseerde ondernemers (farmaceuten), maar deze keuze wordt overgelaten aan derden of gebruikers; dat zijn hier apothekers dan wel patiënten.<sup>850</sup>

846. HvJ EU 2 juni 2016, zaak C-410/14, ECLI:EU:C:2016:399 (*Falk Pharma*); HvJ EU 1 maart 2018, zaak C-9/17, ECLI:EU:C:2018:142 (*Tirkkonen*).

847. HvJ EU 2 juni 2016, zaak C-410/14, ECLI:EU:C:2016:399 (*Falk Pharma*). Zie hierover ook: Bouwman, JAAN 2016/13.

848. Zie *Falk Pharma*, r.o. 31 (Duitse taalversie).

849. *Falk Pharma*, r.o. 14, 23.

850. *Falk Pharma*, r.o. 30.

Interessant aan deze zaak is dat, na bekendmaking van de aankondiging van de toelatingsprocedure in het Supplement op het *Publicatieblad van de Europese Unie*, slechts één onderneming, Kohlpharma, belangstelling toont; met haar wordt dan ook een overeenkomst gesloten. Kort daarna stelt Falk, een andere farmaceutische onderneming, echter beroep in. Volgens Falk moet namelijk het 'overheidsopdrachtenrecht' worden toegepast zodra een als aanbestedende dienst aangemerkte instelling goederen op de markt aankoopt. Op grond van dit overheidsopdrachtenrecht dient volgens Falk tot mededinging te worden opgeroepen en worden overgegaan tot het sluiten van exclusieve overeenkomsten.<sup>851</sup> Het geschil concentreert zich bij de Duitse nationale rechter dan op de vraag of een overheidsopdracht al dan niet wordt gekenmerkt door een keuze van de aanbestedende dienst, zodat de geselecteerde ondernemer over exclusiviteit beschikt.<sup>852</sup> Met het oog daarop legt de rechter twee prejudiciële vragen aan het HvJ EU voor, waarvan de eerste betrekking heeft op de vraag of bij een dergelijke procedure (al dan niet) sprake is van een overheidsopdracht. De tweede vraag ziet op de voorwaarden die gelden voor een dergelijke procedure als geen sprake is van een overheidsopdracht die onder de aanbestedingsrichtlijnen valt; daarover meer in paragraaf 5.4.<sup>853</sup>

### 5.2.2 De scheidslijn exclusieve selectie uitgelegd in het licht van het doel van de aanbestedingsregulering

Het Hof komt in *Falk Pharma* tot de conclusie dat geen sprake is van een overheidsopdracht. Opvallend is evenwel dat het HvJ EU eerst overweegt dat wel aan alle vereisten van de definitie van het begrip overheidsopdracht uit de aanbestedingsrichtlijn, toen Richtlijn 2004/18, is voldaan: er is sprake van het sluiten van overeenkomsten onder bezwarende titel tussen een aanbestedende dienst en één of meerdere ondernemers voor de uitvoering van leveringen/diensten.<sup>854</sup> De wettelijke definitie van het begrip overheidsopdracht zoals neergelegd in de aanbestedingsrichtlijn is volgens het Hof dus vervuld. Deze wettelijke definitie blijkt echter niet voldoende om de werkingssfeer van de aanbestedingsrichtlijnen geheel af te bakenen, dit is ook reeds kort aan de orde gekomen in paragraaf 3.5.2. Het HvJ EU overweegt namelijk vervolgens dat ook de 'keuze van een inschrijving, en dus van een begunstigde, een element is dat intrinsiek verbonden is met de bij Richtlijn 2004/18 ingevoerde regelgeving voor overheidsopdrachten en dus met het begrip overheidsopdracht.<sup>855</sup> Om van een overheidsopdracht te spreken moet dan ook een keuze of een selectie uit geïnteresseerde ondernemers worden gemaakt om overheidsopdrachten (met exclusiviteit) aan één of meerdere ondernemers te gunnen.

Het Hof komt tot deze conclusie door terug te grijpen op het doel van de aanbestedingsrichtlijnen. De definitie van het begrip overheidsopdracht dient volgens het Hof namelijk te worden uitgelegd in het licht van het doel van de aanbestedings-

851. *Falk Pharma*, r.o. 18.

852. *Falk Pharma*, r.o. 21.

853. *Falk Pharma*, r.o. 31.

854. Zie definitie als neergelegd in art. 1, lid 2, onder a), van Richtlijn 2004/18; nu art. 2 lid 1 (5) Richtlijn 2014/24/EU. Zie *Falk Pharma*, r.o. 33; zie ook: *Tirkkonen*, r.o. 28.

855. *Falk Pharma*, r.o. 38; zie ook: *Tirkkonen*, r.o. 30.

richtlijn. Het HvJ EU verwijst eerst naar het primaire recht waar de aanbestedingsrichtlijnen uit voortvloeien: de vrijverkeersbepalingen en de daaruit afgeleide beginselen: het non-discriminatiebeginsel, de beginselen van gelijke behandeling, wederzijdse erkenning, evenredigheid en transparantie.<sup>856</sup> Daaruit volgt dat de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten voor dienstverlening op Unieniveau beoogt de belangen te beschermen van de in een lidstaat gevestigde marktdeelnemers die goederen of diensten aan in een andere lidstaat gevestigde aanbestedende diensten wensen aan te bieden. Meer specifiek is volgens het Hof het doel van Richtlijn 2004/18 ‘het risico uit te sluiten dat aanbestedende diensten bij het gunnen van welke opdracht ook, de voorkeur geven aan nationale inschrijvers of gegadigden’.<sup>857</sup> De definitie van het begrip overheidsopdracht moet tegen deze achtergrond worden geplaatst.

Het Hof concludeert dat bij een open systeem, zoals in de zaak *Falk Pharma*, waarbij met alle geïnteresseerde ondernemers die aan bepaalde randvoorwaarden voldoen een contract wordt gesloten, het risico van het begunstigen van nationale ondernemingen — het doel dat de aanbestedingsrichtlijn beoogt te voorkomen — helemaal niet aan de orde is.<sup>858</sup> Met alle belangstellende ondernemers die de goederen of diensten willen leveren wordt immers — onder de door de publieke instelling opgelegde voorwaarden — een overeenkomst gesloten. Het risico dat nationale ondernemingen worden begunstigd, hangt volgens het HvJ EU nauw samen met de selectie die de aanbestedende dienst onder de ontvankelijke inschrijvingen wil maken en met de exclusiviteit die zal voortvloeien uit de gunning van de opdracht aan één of meerdere geselecteerde ondernemingen.<sup>859</sup> Met andere woorden: het voorkomen dat nationale inschrijvers worden begunstigd is alleen nodig als een selectie wordt gemaakt, waarbij met exclusiviteit contracten aan één of meerdere ondernemers worden gegund. Wanneer niet aan één of enkele van de geïnteresseerde ondernemer(s) exclusief een opdracht wordt gegund, is er volgens het Hof ‘geen noodzaak om het handelen van de aanbestedende dienst aan de nauwkeurige regels van Richtlijn 2004/18/EG te onderwerpen, teneinde te vermijden dat hij bij de gunning van een opdracht nationale ondernemers begunstigt’.<sup>860</sup> Op grond daarvan oordeelt het Hof dan ook dat in *Falk Pharma* geen sprake is van een overheidsopdracht.<sup>861</sup> Het Hof kijkt in dit arrest in lijn met eerdere jurisprudentie waarbij het een situatie aan de aanbestedingsrichtlijn toetst, naar het doel van de richtlijn en zoekt naar een interpretatie die het nuttig effect van de richtlijn niet in gevaar brengt.<sup>862</sup>

De scheidslijn tussen de overheidsopdracht en het openhousemodel kan dus worden gevonden in het kenmerk van exclusieve selectie. Selectie op zich is daarbij niet voldoende, omdat ook de randvoorwaarden bij een openhousemodel als selectie

856. *Falk Pharma*, r.o. 34.

857. *Falk Pharma*, r.o. 35; zie ook: *Tirkkonen*, r.o. 29.

858. *Falk Pharma*, zie met name r.o. 37; *Tirkkonen*, r.o. 31.

859. *Falk Pharma*, r.o. 36; zie ook: *Tirkkonen*, r.o. 31.

860. *Falk Pharma*, r.o. 37; zie ook: *Tirkkonen*, r.o. 31.

861. *Falk Pharma*, r.o. 42.

862. Zie bijv. in zaken over het begrip overheidsopdracht: de arresten besproken in hoofdstuk 3, par. 3.5, o.a. HvJ EU 12 juli 2001, zaak C-399/98, ECLI:EU:C:2001:401 (*Scala*), r.o. 55 en HvJ EU 25 maart 2010, zaak C-451/08, ECLI:EU:C:2010:168 (*Helmut Müller*), r.o. 49.

kunnen worden aangemerkt. Het gaat bij overheidsopdrachten om exclusieve selectie om met exclusiviteit opdrachten te gunnen. In dat selectieproces zien de aanbestedingsrichtlijnen erop toe dat geen nationale begunstiging plaatsvindt. De invulling van die exclusieve selectie wordt vooral duidelijk in het arrest *Tirkkonen*, waarin het Hof aanwijzingen geeft voor de beantwoording van de vraag wanneer er dan precies sprake is van exclusieve selectie.

### 5.2.3 Hoe open moet het openhousemodel zijn?

In het *Tirkkonen*-arrest dat twee jaar na *Falk Pharma* wordt gewezen, wordt het HvJ EU een vergelijkbare vraag gesteld.<sup>863</sup> In deze zaak wordt anders dan in *Falk Pharma* echter wel een aanbestedingsprocedure gevolgd. In deze zaak is sprake van een gunningssysteem dat voortvloeit uit een programma van Finland voor de ontwikkeling van het landelijk gebied van dit land voor de periode 2014-2020.<sup>864</sup> In dat kader heeft het agentschap voor plattelandszaken Maaseutuvirasto een aanbestedingsprocedure georganiseerd met het oog op het sluiten van overeenkomsten inzake advisering op landbouwgebied voor deze periode vanwege het landbouwadviesingssysteem *Neuvo 2020*.<sup>865</sup> De aanbestedingsprocedure wordt vormgegeven door middel van een raamovereenkomst, waarbij alle ondernemingen die aan de in de aanbestedingsdocumenten gestelde minimum- en geschiktheidseisen voldoen en geslaagd zijn voor een examen, worden toegelaten tot het systeem.<sup>866</sup> De geschiktheidseisen bestaan eruit dat de geïnteresseerde adviseurs aantonen dat zij gekwalificeerd en behoorlijk opgeleid zijn en beschikken over ervaring op de gebieden waarop zij adviezen willen gaan verstrekken.<sup>867</sup> Van belang is verder dat de gecontracteerde adviseringsdiensten bedoeld zijn voor landbouwers en andere grondbeheerders die zijn aangesloten bij een milieuovereenkomst.<sup>868</sup> De landbouwers die een advies willen aanvragen, kunnen zelf contact opnemen met de adviseur van hun keuze die is aangesloten bij het landbouwadviesingssysteem *Neuvo 2020*. Aan een adviseur wordt vervolgens, op basis van de uitgevoerde werkzaamheden, door het agentschap een uurtarief exclusief btw betaald. De keuze voor een van de adviseurs wordt dus aan de gebruikers van de adviesdiensten overgelaten.

Aanleiding voor het geschil in deze zaak is dat adviseur Maria Tirkkonen, die zich had ingeschreven als adviseur op het gebied van 'Nutsdieren, gezondheidsplannen', de toetreding tot het gunningssysteem wordt geweigerd, omdat zij niet voldeed aan één van de voorwaarden van het aanbestedingsformulier. Ze had het vakje waarmee de voorwaarden van de bij de aanbesteding gevoegde ontwerp-raamovereenkomst moest worden aanvaard namelijk niet aangekruist.<sup>869</sup> Op grond daarvan heeft het agentschap de sollicitatie van Tirkkonen afgewezen en haar niet toegestaan

863. HvJ EU 1 maart 2018, zaak C-9/17, ECLI:EU:C:2018:142 (*Tirkkonen*); zie over deze zaak o.a.: Bouwman, JAAN 2018/15; McGowan, PPLR 2018; Van Nouhuys, TAAN 2018/43; Nijhof, NtEr 2018; Sánchez-Graells 2018.

864. *Tirkkonen*, r.o. 13-25.

865. *Tirkkonen*, r.o. 13.

866. *Tirkkonen*, r.o. 16 en 17.

867. Een en ander ook in overeenstemming met de vereisten van art. 15 lid 3 verordening nr. 1305/2013 en art. 13 lid 1 verordening nr. 1306/2013.

868. Zie hierover *Tirkkonen*, r.o. 15.

869. *Tirkkonen*, r.o. 18, 19.

haar inschrijving aan te passen door alsnog op het formulier het vakje ‘ja’ aan te kruisen; in het aanbestedingsrecht is herstel van fouten immers slechts beperkt toegestaan.<sup>870</sup> Maria Tirkkonen gaat in beroep tegen deze beslissing en voert daarbij aan dat zij toestemming had moeten krijgen haar inschrijving te completeren, nu er, zo betoogt zij, geen sprake is van een overheidsopdracht maar van een vergunningstelsel.<sup>871</sup> Anders dan in het *Falk Pharma*-arrest worden in deze zaak dus juist wel de Europese aanbestedingsregels toegepast, maar klaagt de ondernemer dat de strikte naleving van deze regels niet terecht is, omdat deze niet van toepassing zijn op de gekozen procedure; volgens haar is namelijk sprake van een vergunningstelsel.

De situatie in *Tirkkonen* verschilt bovendien wat betreft twee andere aspecten van *Falk Pharma*; aspecten die de Finse rechter in *Tirkkonen* doen twijfelen of ook hier sprake is van een open stelsel dat buiten de aanbestedingsrichtlijnen valt, zoals in *Falk Pharma*. Allereerst moesten namelijk inschrijvers bij het systeem in *Tirkkonen*, alvorens zij zich definitief mochten aansluiten bij de raamovereenkomst, een examen hebben afgelegd.<sup>872</sup> De vraag die de rechter hierbij heeft is of een dergelijk examen mogelijk wel leidt tot (exclusieve) selectie, waarbij de aanbestedingsrichtlijnen van toepassing zijn.<sup>873</sup> Immers, hoewel het aantal dienstverleners dat zich mocht aansluiten bij de kaderovereenkomst niet vooraf in het bestek was beperkt, werd dit aantal in de praktijk als gevolg van deze eis wel degelijk beperkt.<sup>874</sup> Het tweede verschil met *Falk Pharma* dat de verwijzende rechter doet twijfelen of in deze zaak sprake is van een vergelijkbaar open systeem als in *Falk Pharma*, is het feit dat in *Falk Pharma* het systeem de gehele looptijd ervan openstond voor belangstellende ondernemers, terwijl in *Tirkkonen* een adviesdienstverlener zich na de vaststelling door het agentschap van het definitieve gunningsbesluit niet meer bij het landbouwadviseringssysteem Neuvo 2020 kon aansluiten.<sup>875</sup> Ook dit beperkt volgens de verwijzende rechter in beginsel het aantal ondernemers dat de adviesdienst kan verlenen. Het HvJ EU had in *Falk Pharma* immers opgemerkt dat juist het feit dat het systeem gedurende de looptijd steeds openstond voor nieuwe toetreders, het systeem doet onderscheiden van een raamovereenkomst als bedoeld in de aanbestedingsrichtlijn.<sup>876</sup>

Vanwege deze verschillen wordt door de verwijzende Finse rechter aan het HvJ EU de vraag voorgelegd of ook hier – bij het gebruik van een gunningssysteem als hierboven beschreven – al dan niet sprake is van een overheidsopdracht.<sup>877</sup> Het Hof ziet zich daarom wederom geplaagd voor de vraag of bij een open gunningssysteem sprake is van een overheidsopdracht als bedoeld in de aanbestedingsricht-

870. Overigens zijn er in het aanbestedingsrecht wel mogelijkheden met betrekking tot het herstel van fouten. In deze zaak was het echter absoluut noodzakelijk om de voorwaarden van deze ontwerp-raamovereenkomst te aanvaarden, op grond waarvan de aanbestedende dienst geen ruimte zag voor het herstel van deze fout (*Tirkkonen*, r.o. 18).

871. *Tirkkonen*, r.o. 19.

872. *Tirkkonen*, r.o. 21.

873. Zie de overwegingen van de verwijzende rechter: *Tirkkonen*, r.o. 21-22; Het HvJ EU verwijst hier naar de zaak HvJ EU 26 maart 2015, C-601/13, ECLI:EU:C:2015:04 (*Ambisig*), daarover hierna meer.

874. *Tirkkonen*, r.o. 23.

875. *Tirkkonen*, r.o. 24.

876. *Falk Pharma*, r.o. 41.

877. Zie voor de precieze omschrijving: *Tirkkonen*, r.o. 25.

lijnen. Ditmaal echter gaat het om een systeem waarbij een openbare instelling alle ondernemers selecteert die voldoen aan de in een aanbesteding gestelde geschiktheidseisen en zijn geslaagd voor het in de aanbesteding genoemde examen, en waarbij gedurende de zesjarige looptijd van het systeem geen nieuwe ondernemers worden toegelaten.<sup>878</sup> Het Hof moet dan ook dieper ingaan op de vraag wát als selectie moet worden aangemerkt en of het bij een open stelsel uitmaakt dat het systeem niet openstaat voor nieuwe geïnteresseerde adviseurs gedurende de looptijd van het contract.

#### 5.2.4 Precisering scheidslijn selectie: gunningscriteria om een vergelijking of rangschikking tussen inschrijvingen te maken

In het *Tirkkonen*-arrest bevestigt het Hof allereerst vrijwel letterlijk zijn overwegingen uit het *Falk Pharma*-arrest.<sup>879</sup> Ook hier overweegt het Hof dat voor het bestaan van een overheidsopdracht is vereist dat een opdracht met exclusiviteit aan één of meerdere ondernemers wordt gegund. Er moet sprake zijn van een keuze door de aanbestedende dienst van een inschrijving, en dus van een begunstigde; alleen dan zijn de aanbestedingsregels van toepassing.<sup>880</sup> Vervolgens moet het Hof in dit arrest echter dieper ingaan op de vraag of in dit geval sprake is van exclusieve selectie vanwege de gestelde geschiktheidseisen, het vereiste van het slagen voor een examen en de beperkte toetredingstijd. Dergelijke criteria hebben immers in de praktijk tot gevolg dat het aantal dienstverleners dat mag aansluiten wordt beperkt.<sup>881</sup>

Het Hof komt echter ondanks deze criteria ook in *Tirkkonen* tot de conclusie dat geen sprake is van een exclusieve selectie en dus ook niet van een overheidsopdracht in de zin van Richtlijn 2004/18. In zijn overwegingen geeft het daarbij een verdere uitleg van deze scheidslijn tussen overheidsopdracht en openhousemodel en volgt daarin de conclusie van de A-G in deze zaak.<sup>882</sup> Het Hof overweegt namelijk dat het gaat om de vraag of er gunningscriteria zijn vastgesteld. ‘In casu’ is van doorslaggevend belang dat er geen gunningscriteria zijn opgenomen waarmee een vergelijking en rangschikking tussen de ontvankelijke inschrijvingen wordt gemaakt. Volgens het Hof:

‘Bij gebreke van dat element [lees: gunningscriteria], dat – zoals volgt uit punt 38 van het arrest van 2 juni 2016, *Falk Pharma* (C-410/14, EU:C:2016:399) – intrinsiek verbonden is met de regelgeving voor overheidsopdrachten, kan een landbouwadvieseringssysteem als aan de orde in het hoofdgeding geen overheidsopdracht in de zin van artikel 1, lid 2, onder a), van Richtlijn 2004/18 vormen.’<sup>883</sup>

878. *Tirkkonen*, r.o. 25 en 26.

879. *Tirkkonen*, r.o. 26-31. Zie hiervoor par. 5.2.2.

880. Zie in het bijzonder: *Tirkkonen*, r.o. 30-31.

881. *Tirkkonen*, r.o. 23.

882. Conclusie A-G M. Campos Sánchez-Bordona van 13 december 2017, C-9/17, ECLI:EU:C:2017:962. Volgens de A-G moet het arrest *Falk Pharma* dan ook niet ‘buitensporig restrictief’ worden opgevat (punt 38 e.v.).

883. *Tirkkonen*, r.o. 35.

Daaraan voorafgaand overweegt het Hof dat het agentschap dat de aanbesteding organiseerde, voornemens was een omvangrijke ‘pool’ te vormen van adviseurs die aan een bepaald aantal voorwaarden moesten voldoen en dan ook alle kandidaten selecteerde die aan de voorwaarden beantwoordden.<sup>884</sup> Daarmee heeft de aanbestedende dienst zich volgens het Hof beperkt tot het waarborgen van de naleving van de kwalitatieve criteria. Hoewel het Hof zich dus enerzijds in zijn woordgebruik vooral lijkt te willen beperken tot een conclusie voor de onderliggende zaak, lijkt het anderzijds in bovengenoemde geciteerde overweging de algemene regel te stellen dat het bij (exclusieve) selectie in de zin van de aanbestedingsrichtlijnen, gaat om het stellen van gunningscriteria die een vergelijking en rangschikking tussen ontvankelijke inschrijvingen maken.

Het Hof oordeelt vervolgens dat het examen als bedoeld in deze zaak niet als gunningscriterium kan worden aangemerkt, maar moet worden gezien als een geschiktheidseis om voor toetreding in aanmerking te komen.<sup>885</sup> Het gaat vervolgens naar aanleiding van de opmerkingen van de verwijzende rechter in op de arresten *Lianakis* en *Ambisig*.<sup>886</sup> Aan de hand van het *Lianakis*-arrest legt het uit, dat criteria die in hoofdzaak betrekking hebben op de ervaring, de kwalificaties en de middelen ter waarborging van de goede uitvoering van de betrokken opdracht, aangemerkt moeten worden als criteria die verband houden met de geschiktheid van de inschrijvers en niet als gunningscriteria, ook al heeft de aanbestedende dienst deze wel als zodanig gekwalificeerd.<sup>887</sup>

Daarbij is volgens het HvJ EU geen sprake van de situatie als in het *Ambisig*-arrest.<sup>888</sup> In dat arrest heeft het Hof uitgelegd dat geschiktheidseisen als gunningscriteria kunnen worden gebruikt als ‘de kwaliteit van de uitvoering van een overheidsopdracht [...] op doorslaggevende wijze [kan] afhangen van de professionele waarde van degenen die met de uitvoering ervan zijn belast, die bestaat uit hun professionele ervaring en opleidingsniveau’.<sup>889</sup> Dit is volgens het Hof met name het geval wanneer de opdracht betrekking heeft op een intellectuele dienst of ziet op opleidings- en adviesdiensten.<sup>890</sup> Wanneer een dergelijke opdracht door een team moet worden uitgevoerd, zijn de bekwaamheden en de ervaring van de leden van dat team namelijk doorslaggevend bij de beoordeling van de professionele kwaliteit van dat team. Die kwaliteit kan dan ook volgens het Hof een intrinsiek kenmerk van de inschrijving zijn en verband houden met het voorwerp van de opdracht in de zin van artikel 53, lid 1, onder a), van Richtlijn 2004/18.<sup>891</sup>

Volgens het HvJ EU is in *Tirkkonen* echter geen sprake van een situatie als in *Ambisig*, nu het examen als bedoeld in het *Tirkkonen*-arrest niet leidt tot een vergelijking

884. *Tirkkonen*, r.o. 33.

885. *Tirkkonen*, r.o. 37 e.v. Zie ook Conclusie A-G M. Campos Sánchez-Bordona van 13 december 2017, C-9/17, ECLI:EU:C:2017:962, punt 39 e.v.

886. *Tirkkonen*, r.o. 21, 36 e.v.; zie: HvJ EU 24 januari 2008, C-532/06, ECLI:EU:C:2008:40 (*Lianakis*); HvJ EU 26 maart 2015, C-601/13, ECLI:EU:C:2015:04 (*Ambisig*).

887. *Lianakis*, r.o. 25-32.

888. *Tirkkonen*, r.o. 39.

889. *Ambisig*, r.o. 31-34.

890. Zie hierover ook considerans bij Richtlijn 2014/24/EU en art. 67 lid 2 sub b Richtlijn 2014/24 waarin deze mogelijkheid is opgenomen.

891. *Ambisig*, r.o. 33.



van de inschrijvingen.<sup>892</sup> Dit is anders in het *Ambisig*-arrest, waar de geschiktheids-criteria, hoewel zij betrekking hadden op de ervaring en professionaliteit van het team, wel tot een vergelijking van de inschrijvingen leidden en deze de keuze van de aanbestedende dienst voor een opdrachtnemer dus mede bepaalden.

Daarnaast oordeelt het HvJ EU in *Tirkkonen*, en in navolging van wat A-G Campos Sánchez-Bordono opmerkt in de conclusie bij deze zaak, dat het 'niet relevant' is of gedurende de looptijd geen nieuwe ondernemingen konden toetreden. Volgens de A-G was de verwijzing door het HvJ EU in het arrest *Falk Pharma* naar het feit dat nieuwe inschrijvers te allen tijde tot het aanbestedingssysteem konden toetreden, niet de '*ratio decidendi*' van dat arrest, maar 'een verklaring ten overvloede'.<sup>893</sup> Doorslaggevend was echter dat de aanbestedende dienst de opdracht niet exclusief aan een van de inschrijvers had gegund. Het HvJ EU oordeelt dan ook dat het feit dat na het verlopen van de inschrijvingstermijn geen nieuwe ondernemingen kunnen toetreden, nog niet maakt dat de voor het bestaan van een overheidsopdracht noodzakelijke selectie tussen ondernemers plaatsvindt.<sup>894</sup>

Ondanks de geschiktheidseisen, het examen en de beperkte toetredingstijd tot het systeem, concludeert het HvJ EU in *Tirkkonen* dat geen exclusieve selectie heeft plaatsgevonden en dat het systeem dus niet onder het in de aanbestedingsrichtlijnen bedoelde begrip overheidsopdracht valt. Exclusieve selectie betekent namelijk dat gunningscriteria worden vastgesteld om de beste inschrijving(en) te selecteren. Wanneer een aanbestedende dienst het laat bij de toetsing van (vooraf vastgestelde) kwalitatieve criteria, hoewel dit het aantal ondernemers dat kan toetreden beperkt, dan kan niet worden gesproken van bovenbedoelde selectie. De gunningsfase wordt door het HvJ EU dan ook aangemerkt als de essentie van de aanbestedingsprocedure; daarin onderscheidt de overheidsopdracht zich van een instrument als het openhousemodel.

### 5.2.5 Vrijheid onder EU-recht bij keuze van passend instrument

Op de uitkomst van de arresten *Falk Pharma* en *Tirkkonen* bestaat in de literatuur enige kritiek. Zo wordt allereerst beargumenteerd dat bij de toepassing van openhouse-systemen nationale inschrijvers wel degelijk (kunnen) worden begunstigd – iets wat de aanbestedingsrichtlijnen willen tegengaan. Zo stelt Sánchez-Graells dat het HvJ EU voorbij gaat aan de economische realiteit dat dergelijke stelsels potentiële protectionistische effecten hebben, hetwelk hij illustreert door te wijzen op de feiten in *Falk Pharma*, waaruit volgens hem zou blijken dat dit systeem voor het sluiten van kortingsovereenkomsten in feite alleen openstaat voor Duitse farmaceuten.<sup>895</sup> Naar aanleiding van *Tirkkonen* wijst ook Nijhof erop dat bij het formu-

892. *Tirkkonen*, r.o. 38-39; zie ook: Van Nouhuys, TAAN 2018/43.

893. Zie conclusie A-G Campos Sánchez-Bordono van 13 december 2017, ECLI:EU:C:2017:962, punt 51 en 52.

894. *Tirkkonen*, r.o. 35.

895. Sánchez-Graells 2018.

leren van geschiktheidseisen, dus bij de toetredingseisen bij dergelijke open systemen, wel degelijk sprake kan zijn van favoritisme van bepaalde (nationale) ondernemingen.<sup>896</sup>

Daarnaast wordt het oordeel van het HvJ EU in deze arresten bekritiseerd in het licht van andere doelen die de aanbestedingsrichtlijnen volgens deze auteurs zouden hebben, namelijk het verwezenlijken van een zo groot mogelijke mededinging voor alle overheidscontracten voor werken, leveringen of diensten in de Europese Unie. In dat opzicht heeft het HvJ EU volgens Sánchez-Graells in deze zaak een tunnelvisie en miskent het dat de doelstellingen van het Europees aanbestedingsrecht ook zien op het verzekeren van de mededinging voor overheidsopdrachten.<sup>897</sup> Daarbij is het oordeel naar zijn mening inconsistent met het systeem van het Europese aanbestedingsrecht. Door dergelijke open stelsels voor het gunnen van overheidscontracten toe te staan, zonder dat een selectie wordt gemaakt en exclusieve contracten worden gegund, wordt competitie zoals beoogd met de aanbestedingsrichtlijnen, in die visie niet optimaal verwezenlijkt. Nijhof vraagt zich in dat verband af of procedures als in *Falk Pharma* en *Tirkkonen* wel te rijmen vallen met de doelstellingen van vrije mededinging en het functioneren van de interne markt, die volgens hem aan het aanbestedingsrecht ten grondslag liggen.<sup>898</sup> Beiden wijzen er daarbij op dat bij dergelijke systemen minder concurrentie zal plaatsvinden.<sup>899</sup>

Interessant is dat A-G Medina in zijn conclusie van 3 februari 2022 bij het ASADE-arrest meegaat in deze kritiek en het HvJ EU in overweging geeft de jurisprudentielijn uitgezet in *Falk Pharma* en *Tirkkonen*, niet te volgen.<sup>900</sup> In plaats daarvan zou het Hof volgens Medina ‘het begrip “aanbesteding” ruimer moeten definiëren, zodat daar de procedures onder vallen die bestaan in het gunnen van opdrachten aan bepaalde dienstverleners, en het uitsluiten van andere gedurende een bepaalde periode’. Een van de belangrijkste punten die de A-G daartoe aankaart, is dat de restrictieve benadering van het begrip aanbesteding die het Hof in deze arresten hanteert, de lidstaten ervan kunnen weerhouden om Richtlijn 2014/24 toe te passen en zodoende de doeltreffendheid van de Unierechtelijke regels voor het plaatsen van overheidsopdrachten in gevaar kunnen brengen.<sup>901</sup> Als voorbeeld noemt de A-G dat een aanbestedende dienst bijvoorbeeld bij de toetredingsvoorwaarden een clause zou kunnen opnemen, waaraan slechts een paar specifieke ondernemers kunnen voldoen en te bepalen dat enkel alle ondernemers die aan die clause voldoen een contract krijgen. Daarnaast voert de A-G aan dat deze arresten de grens doen vervagen tussen enerzijds het keuzecriterium in de zin van artikel 1, lid 2, van Richtlijn 2014/24 en anderzijds de selectie- en gunningscriteria van diezelfde

896. Nijhof, *NEr* 2018, p. 167.

897. Sánchez-Graells 2018.

898. Nijhof, *NEr* 2018, p. 168.

899. Sánchez-Graells 2018; Nijhof, *NEr* 2018, p. 168.

900. Conclusie A-G L. Medina van 3 februari 2022, bij zaak C-436/20, ECLI:EU:C:2022:77 (ASADE), punt 69-70.

901. Idem.

richtlijn.<sup>902</sup> Inmiddels heeft het HvJ EU deze zaak beoordeeld en bevestigd dat de conclusies uit *Falk Pharma* en *Tirkkonen* wel in stand moeten worden gelaten.<sup>903</sup>

Tegen deze kritiek zijn een aantal belangrijke tegenargumenten in te brengen. Het oordeel van het HvJ EU in de arresten *Falk Pharma* en *Tirkkonen* moet namelijk worden gezien in het licht van het gehele systeem van EU-recht, en het EU-aanbestedingsrecht als een onderdeel daarvan. In dat licht is het oordeel van het HvJ EU in *Falk Pharma* en *Tirkkonen* juist wel consistent, maar dan met het gehele EU-rechtssysteem.

Zoals in hoofdstuk 3 (paragraaf 3.2) reeds is besproken, vormen de aanbestedingsregels immers onderdeel van het streven van de EU om een interne markt tot stand te brengen. Daarbij is van belang dat het concept ‘openmarkteconomie met vrije mededinging’ als doel uit het oude artikel 4 lid 1 EG-Verdrag expliciet is geschrapt en in artikel 3 lid 3 van het EU-Verdrag veranderd is in een ‘sociale markteconomie’. De sociale markteconomie vormt een middel om de fundamentele doelstellingen van de EU neergelegd in art. 3 VEU lid 1 te bereiken: de vrede, haar waarden en het welzijn van haar volkeren te bevorderen. Aan mededinging een zodanige nadruk geven zoals bovengenoemde auteurs doen, geeft dan ook blijk van een verouderde opvatting over de interne markt (en het aanbestedingsrecht als onderdeel daarvan), die geen recht doet aan de huidige realiteit. Binnen de sociale markteconomie staan namelijk de bredere maatschappelijke belangen van de Europese samenlevingen centraal.

Daarbij komt dat het EU-recht overheden in de lidstaten vrij laat in hun keuze de mate van marktwerking te bepalen alsmede in hun keuze voor een instrument om hun taken te organiseren.<sup>904</sup> Overheden in de lidstaten genieten discretionaire vrijheid om een instrument te kiezen om hun samenlevingen in te richten die hen het beste voorkomt om hun doelen te bereiken. Dit past daarbij ook bij de huidige doelstelling van een sociale markteconomie, omdat juist op deze wijze voor overheden ruimte bestaat om een afweging te maken met welk instrument het beste (maatschappelijke) resultaat voor de samenleving kan worden bereikt.

Zo kan een Nederlandse gemeente van oordeel zijn dat het openhousestelsel bij sociale diensten het meest passend is vanwege het belang van keuzevrijheid van cliënten. Dit past zoals besproken in paragraaf 2.2.2 bijvoorbeeld bij een traditie in Nederland, waarin keuzevrijheid van oudsher van belang wordt geacht. Deze discretionaire vrijheid vindt dan echter haar begrenzing in het EU-recht dat op het instrument van toepassing is. Bij het inzetten van de rechtsinstrumenten als bedoeld in dit boek zijn dat onder meer de EU-regels van het vrij verkeer, en de daaruit voortvloeiende aanbestedingsregels.

Dit betekent dat overheden bij het gunnen van overheidscontracten waarbij één of meerdere ondernemers worden geselecteerd, om de beginselen van non-discri-

902. Idem.

903. HvJ EU 14 juli 2022, C-436/20, ECLI:EU:C:2022:559 (ASADE), r.o. 68. Het Hof haalt daarbij ook de considerans van Richtlijn 2014/24/EU aan waarin dit met zoveel woorden ook staat.

904. Zie voor een vergelijkbare benadering van het HvJ EU maar dan ten opzichte van concessies, *Eurawasser*, r.o. 74; zie voor ondersteuning van een dergelijke zienswijze ook: Beschikking van het HvJ EU 26 november 2020, C-835/19, ECLI:EU:C:2020:970 (*Autostrada Torino Ivrea Valle D'Aosta*).

minatie, gelijke behandeling, transparantie en proportionaliteit te waarborgen, de aanbestedingsregels moeten toepassen. Daarbij speelt mededinging vervolgens een rol om uiteindelijk de beste ondernemer(s) te selecteren voor de overheidsopdracht.<sup>905</sup> Dit betekent echter ook dat bij het toekennen van overheidscontracten aan *alle* geïnteresseerde ondernemers, waarbij derden voor een van de aanbieders kunnen kiezen, zoals het HvJ EU in *Falk Pharma* heeft geoordeeld en in *Tirkkonen* bevestigd, het aanbestedingsrecht niet van toepassing is, maar andere EU-regels van toepassing zijn. Bij een dergelijk systeem vereist het vrij verkeer namelijk dat de voorwaarden die gesteld worden aan de toetreding in overeenstemming zijn met de beginselen van gelijke behandeling, non-discriminatie transparantie en proportionaliteit – vergelijkbaar met vergunningstelsels; daarover meer in paragraaf 5.4. In dat licht kunnen ook de opmerkingen van de A-G Medina worden weerlegd. Immers, op grond van de regels die op het openhousemodel van toepassing zijn, zoals hierna verder wordt besproken, mogen er (net als bij aanbestedingen) geen discriminerende clausules worden opgenomen en moeten alle toetredingsvoorwaarden worden getoetst aan het proportionaliteitsbeginsel (ze mogen niet verder gaan dan noodzakelijk). Wat de tweede opmerking van de A-G betreft, geldt dat geen verkapte gunningscriteria mogen worden opgenomen; de keuze moet echt aan de gebruikers worden overgelaten. Het openhousemodel kan voor veel aankopen door overheden dan ook niet worden gebruikt. Dit is echter anders voor sociale diensten, aangezien hier derden zijn, de cliënten, aan wie de keuze voor een zorgaanbieder kan worden overgelaten. Zoals hiervoor opgemerkt laat het HvJ EU de mogelijkheid om voor een openhousemodel te kiezen in het *ASADE*-arrest dus in stand.

Wat betreft de overige kritiepunten van bovengenoemde auteurs geldt dat ook bij aanbestedingen nationale inschrijvers in feite veelal meer kansen hebben om de opdracht gegund te krijgen dan buitenlandse inschrijvers. Ook de geschiktheids-eisen bij aanbestedingen kunnen ertoe leiden dat nationale inschrijvers worden begunstigd.

Ten slotte zou wel kunnen worden gesteld dat ondernemingen uit andere lidstaten eerder geïnteresseerd zullen zijn in een (deel van de) opdracht bij een aanbestedingsprocedure dan in het toetreden tot een stelsel, waarbij nog onduidelijk zal zijn hoeveel cliënten gebruik zullen maken van de diensten van deze zorgaanbieder. In die zin zal een dergelijk stelsel aantrekkelijker kunnen zijn voor nationale dan voor buitenlandse ondernemingen.<sup>906</sup> Bij een openhousemodel vindt wel competitie plaats, maar op een ander niveau: de toegetreden ondernemers, bij sociale diensten de zorgaanbieders, zullen hun best moeten doen om zoveel mogelijk gebruikers, hier: cliënten, binnen te halen. Uenk duidt dit ook wel aan als '*competitie ex post*'; dit staat tegenover een '*competitie ex ante*', dat bij aanbesteden plaatsvindt.<sup>907</sup> Overigens kan bij aanbesteden ook van een combinatie van deze twee vormen sprake zijn als er meerdere aanbieders worden gecontracteerd.

905. Zie ook: Conclusie A-G M. Campos Sánchez-Bordona van 13 december 2017, C-9/17, ECLI:EU:C:2017:962, punt 41.

906. Zie ook Bouwman, *JAA*N 2016/13.

907. Uenk 2019, p. 35.

Op grond van EU-recht is het dus aan de lidstaten of nationale overheden om – met het oog op een sociale markteconomie – het beste instrument te kiezen om de samenleving in te richten. Het openhousemodel mag uiteraard niet worden gebruikt om het aanbestedingsrecht te omzeilen. Daarom is het van belang dat nauwkeurig wordt gezien wanneer sprake is van een openhousemodel dan wel van een overheidsopdracht, en welke regels wél op het openhousemodel van toepassing zijn. Daarover hierna meer.

### 5.2.6 Tussenconclusie

Een openhousemodel, waarbij met alle geïnteresseerde ondernemers – die aan bepaalde vooraf objectief vastgestelde randvoorwaarden voldoen – een overheidscontract wordt gesloten en waarin door de aanbestedende dienst dus geen exclusieve selectie wordt gemaakt, maar de keuze voor een van de (gecontracteerde) aanbieders wordt overgelaten aan derden, hoeft niet te worden onderworpen aan de regels van het aanbestedingsrecht. Het gaat er daarbij vooral om of gunningscriteria zijn vastgesteld om een vergelijking of rangschikking tussen inschrijvingen te maken. Daardoor wordt immers de bedoelde exclusieve selectie gemaakt. Dergelijke open stelsels vallen buiten de werkingssfeer van het aanbestedingsrecht en kunnen als een alternatieve keuzeoptie naast het instrument van de overheidsopdracht worden gekozen, bijvoorbeeld door gemeenten als zij sociale diensten organiseren.

## 5.3 AANTAL ZORGAANBIEDERS BEPERKEN IN OPENHOUSEMODEL: EXCLUSIEVE SELECTIE?

In deze paragraaf wordt de scheidslijn van exclusieve selectie, die de overheidsopdracht onderscheidt van het openhousemodel, toegepast op het sociaal domein. In het sociaal domein, maar ook wel daarbuiten, worden namelijk manieren bedacht om het aantal aanbieders dat mag toetreden binnen een openhousemodel, te beperken. De vraag die hier gesteld kan worden is of dan weer sprake is van een exclusieve selectie die maakt dat sprake is van een overheidsopdracht die moet worden aanbesteed.

### 5.3.1 Noodzaak beperken aantal zorgaanbieders in openhousemodel

Na de arresten *Falk Pharma* en *Tirkkonen* van het HvJ EU werd door gemeenten in Nederland steeds vaker (bewust) voor een openhousemodel gekozen om sociale diensten te organiseren.<sup>908</sup> Daarbij krijgt elke geïnteresseerde ondernemer die aan de vooraf vastgestelde randvoorwaarden voldoet een contract en wordt de keuze voor een van de gecontracteerde aanbieders overgelaten aan de cliënten. Er worden geen gunningscriteria gesteld die een vergelijking of rangschikking tussen ontvankelijke inschrijvingen maken. In de praktijk bleek een dergelijk volledig 'open'-housemodel, waarbij slechts randvoorwaarden worden gesteld voor toetreding, echter niet altijd werkbaar. Die openheid kan er namelijk toe leiden dat mogelijkwerwijs een oneindig aantal zorgaanbieders zal toetreden. Hierdoor ontstaat

908. Uenk e.a. 2018; Uenk, Wind & Telgen 2019; Uenk & Wind 2020 (Monitor gemeentelijke zorginkoop 2018, 2019 en 2020).

het risico dat contracten onbeheersbaar worden en kan ook de kwaliteit van de diensten in het geding komen.<sup>909</sup> Daarbij kan een te grote groep zorgaanbieders ook leiden tot keuzestress bij cliënten. Gemeenten zoeken in de praktijk dan ook naar manieren om het aantal zorgaanbieders binnen het openhousestelsel te beperken.<sup>910</sup> Allereerst is er de optie de toetredingstijd te beperken – zoals in *Tirkkonen* het geval was en wat volgens het Hof niet als een (exclusieve) selectie is aan te merken.<sup>911</sup> Daarnaast wordt echter ook wel een loting toegepast om het aantal aanbieders te beperken of worden kwalitatieve vereisten gesteld die de toetredingsdrempel verhogen. Voorbeelden van het ophogen van de toetredingsdrempel zijn dat meer referenties ter onderbouwing van de kwaliteit van de zorgaanbieder worden gevraagd of hogere opleidingseisen aan het personeel van de zorgaanbieder worden gesteld.

### 5.3.2 Beperken aantal zorgaanbieders door middel van kwalitatieve eisen vormt geen selectie

Wat allereerst de beperking van het aantal zorgaanbieders door middel van (hogere) kwalitatieve vereisten betreft, kan worden vastgesteld dat dit niet de exclusieve selectie inhoudt die wordt beheerst door de aanbestedingsrichtlijnen. Exclusieve selectie betekent op grond van *Tirkkonen* immers dat gunningscriteria worden gesteld om een vergelijking of rangschikking te maken tussen geïnteresseerden. Bij het stellen van kwalitatieve vereisten is dit niet aan de orde. Dit zijn in beginsel geen gunningscriteria, maar zogenoemde 'knock-out'-eisen: een ondernemer voldoet of voldoet niet om de opdracht te mogen uitvoeren. Bij kwalitatieve vereisten gaat het om de kwaliteit van de zorgaanbieder, bij gunningscriteria gaat het over de prestatie van de zorgaanbieder (dus niet om wat je bent, maar om wat kan je bieden: hoe organiseert een zorgaanbieder de zorg?). Een zekere mate van selectie om te toetsen of zorgaanbieders aan randvoorwaarden of geschiktheidseisen voldoen en op die manier alleen een groep geschikte ondernemers toestaan de activiteiten uit te voeren, maakt nog niet dat sprake is van een overheidsopdracht. Een dergelijke selectie is van belang om ervoor te zorgen dat in het sociaal domein alleen zorgaanbieders zorg mogen verlenen die daarvoor ook daadwerkelijk voldoende gekwalificeerd zijn.

Zo stelt ook de A-G in de zaak *Tirkkonen* vast dat toetsing op kwalitatieve vereisten een bepaald selectiemechanisme inhoudt; in dit arrest waren de voorwaarden zodanig strikt dat niet alle geïnteresseerde partijen eraan konden voldoen.<sup>912</sup> Vervolgens wijst de A-G er echter terecht op dat voor de vraag of de aanbestedingsrichtlijn van toepassing is, niet de vaststelling van het vermogen van de inschrijvers om de dienst te verrichten (selectie criterium) doorslaggevend is bij de definitieve selectie van de persoon of personen waaraan de opdracht voor die dienst wordt gegund,

909. Zie bijv. ook Van Nouhuys, *TAAN* 2018/43. Zie over het risico van keuzestress ook: Timmermans & Klijnsma 2007.

910. Zie o.a. De Koster, *Binnenlands Bestuur* 13 september 2019.

911. *Tirkkonen*, r.o. 34.

912. Conclusie A-G M. Campos Sánchez-Bordona van 13 december 2017, C-9/17, ECLI:EU:C:2017:962, punt 42.

maar de vergelijkende beoordeling van de inschrijvingen van inschrijvers waarvan is vastgesteld dat zij die dienst kunnen verrichten (gunningscriterium).<sup>913</sup>

Er moet wel rekening mee worden gehouden dat kwalitatieve eisen in het sociaal domein kunnen worden gebruikt om een vergelijking of rangschikking tussen inschrijvingen te maken; de situatie als bedoeld in het *Ambisig*-arrest dus.<sup>914</sup> Bij sociale diensten kan namelijk worden beargumenteerd dat de kwaliteit van het personeel een aanzienlijke invloed kan hebben op het niveau van de uitvoering van de opdracht.<sup>915</sup> Is het gevolg daarvan dat op basis van deze kwalitatieve criteria een vergelijking of rangschikking wordt gemaakt en een aantal zorgaanbieders wordt uitgekozen voor de uitvoering van de diensten, dan is alsnog sprake van een overheidsopdracht. Daarbij is relevant dat het doel van de aanbestedende dienst in *Tirkkonen* was om een omvangrijke pool van aanbieders samen te stellen en niet om door kwalitatieve vereisten een vooraf vastgesteld aantal aanbieders te selecteren.

Van groot belang is bovendien dat de gestelde kwalitatieve vereisten bij een openhousemodel nog wel zullen moeten worden getoetst aan de regels die op dit instrument van toepassing zijn. Daar zal ik hierna in paragraaf 5.4 dieper op ingaan.

### 5.3.3 Beperken aantal zorgaanbieders door middel van loting vormt in beginsel selectie

Ook loting wordt wel als middel ingezet om het aantal zorgaanbieders te beperken. Als loting wordt toegepast om met exclusiviteit een (vooraf vastgesteld) aantal zorgaanbieders te contracteren, is echter sprake van exclusieve selectie en dus van een overheidsopdracht. Deze loting is namelijk een verdelingsprocedure – op basis van het lot – om één of meer aanbieders uit de geïnteresseerde groep te selecteren om daarmee exclusieve contracten te sluiten. Immers, niet langer wordt beoogd om iedere geïnteresseerde tot het systeem toe te laten. Er is dan ook sprake van een overheidsopdracht, waarbij loting als gunningscriterium wordt ingezet. Dit is in strijd met art. 67 Richtlijn 2014/24, op grond waarvan de gunning moet plaatsvinden op basis van de economisch meest voordelige inschrijving. Loting kan daarbij in beginsel niet worden gehanteerd als (enig) gunningscriterium om een vergelijking of rangschikking tussen ontvankelijke inschrijvingen te maken.<sup>916</sup> Het toepassen van een dergelijke loting bij een openhousemodel kan ook een vorm van omzeiling van het aanbestedingsrecht aannemen zoals bedoeld in art. 18 lid 1, tweede alinea. Het openhousemodel wordt dan immers in essentie gebruikt om een loting als gunningsmethode te kunnen toepassen.

913. Conclusie A-G M. Campos Sánchez-Bordona van 13 december 2017, C-9/17, ECLI:EU:C:2017:962, punt 43.

914. Zie deze mogelijkheid ook in de richtlijn zelf: art. 67 lid 2, sub b Richtlijn 2014/24/EU.

915. Zie daarover meer specifiek hoofdstuk 7, par. 7.3.4.

916. Zie art. 67 Richtlijn 2014/24/EU; zie o.a. ook: Rb. Den Haag (vzr.) 3 september 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:10441. Zie ook CvAE 6 juni 2019, Advies 529. Volgens Jansen kan loting bij een vrijwillige aanbesteding echter wel zijn toegestaan: Jansen, *JAAN* 2015/220. CvAE, Advies 529 wekt de indruk dat dit mogelijk ook zou gelden voor de gunning van sociale diensten; dat is echter niet het geval, zie hoofdstuk 3, par. 3.3.

Ik volg daarin dan ook de Commissie van Aanbestedingsexperts (hierna: CvAE), die in een zaak over een raamovereenkomst voor de inhuur van inkoopadviseurs door de Regio Gooi en Vechtstreek (hierna: RGV), oordeelde dat RGV door een loting toe te passen, wel degelijk aan het selecteren is om met exclusiviteit een overheidsopdracht te gunnen.<sup>917</sup> Van belang is daarbij dat de inkoopprocedure er in deze zaak op gericht was — dit stond vermeld in de aanbestedingsdocumenten — om van de ondernemers die aan de toelatingseisen voldeden, drie partijen te selecteren waarmee een raamovereenkomst zou worden gesloten. Deze drie partijen zouden worden vastgesteld door middel van loting. Volgens de CvAE past RGV op deze wijze een verdelingsprocedure — namelijk loting — toe, waarmee zij een selectie maakt uit ondernemers aan wie zij exclusief een raamovereenkomst gunt.<sup>918</sup> Volgens de CvAE vertoont deze inkoopprocedure dan ook niet de kenmerken van een toelatingsprocedure als in *Falk Pharma* en *Tirkkonen*.<sup>919</sup> Loting vormt in deze zaak volgens de CvAE dus exclusieve selectie zoals bedoeld bij een overheidsopdracht. Loting als verdelingsprocedure wordt in deze zaak door de CvAE vervolgens getoetst aan het aanbestedingsrecht.<sup>920</sup> Op grond daarvan komt de CvAE in deze zaak tot de conclusie dat door de gunningsbeslissing enkel te baseren op loting in strijd is gehandeld met de Aanbestedingswet 2012.<sup>921</sup>

Loting is dus in beginsel niet mogelijk bij een openhousemodel omdat dit leidt tot exclusieve selectie. Toch kan hier de vraag worden gesteld of dit mogelijk anders is als het doel wél is — om in de woorden van het HvJ EU in *Tirkkonen* te spreken — om een grote ‘pool’ aan aanbieders te contracteren, waaruit vervolgens derden kunnen kiezen, maar loting enkel wordt ingezet om het aantal contracten beheersbaar te houden en niet om een aantal zorgaanbieders met exclusiviteit een contract te gunnen. Het gaat om de volgende situatie. Een gemeente wenst met een grote groep zorgaanbieders die aan randvoorwaarden voldoen een contract te sluiten en stelt dus alleen geschiktheidseisen. De gemeente heeft echter tegelijkertijd vastgesteld dat zij — met het oog op de omvang van de gemeente en de soort diensten in samenhang met de beheersbaarheid van de contracten en het monitoren van de (goede) uitvoering van de diensten — maximaal een X aantal zorgaanbieders aan kan. De gemeente wenst dan ook de loting enkel toe te passen op het moment dat dit (grote) aantal wordt overschreden. Over deze kwestie heeft het HvJ EU geen duidelijkheid gegeven en dit is dan ook nog niet uitgekristalliseerd. In *Tirkkonen* heeft het HvJ EU enkel overwogen dat het feit dat de mogelijkheid tot toetreding was beperkt tot een bepaalde inschrijftermijn, niet tot exclusieve selectie leidt.<sup>922</sup> Een moeilijke vraag die hierbij rijst is echter waar precies de grens ligt tussen een overheidsopdracht en een openhousemodel met deze vorm van loting: welk aantal is terug te voeren op de beheersbaarheid van de contracten en bij welk aantal moet worden gesproken van exclusieve selectie? Bij een aanbestedingsprocedure kan namelijk ook worden gekozen voor het contracteren van meerdere (of een grote

917. Zie CvAE 6 juni 2019, Advies 529, onderdeel 6 (Beoordeling), onder 6.5.2 en 6.5.3.

918. Zie CvAE 6 juni 2019, Advies 529, onderdeel 6 (Beoordeling), onder 6.5.3.

919. CvAE 6 juni 2019, Advies 529, onderdeel 6 (Beoordeling), onder 6.5.2.

920. Zie CvAE 6 juni 2019, Advies 529, onderdeel 6 (Beoordeling), punt 6.6 e.v.

921. Art. 2.114 en 2.115 Aw 2012. In deze artikelen is de verplichting tot gunnen op basis van EMVI neergelegd.

922. *Tirkkonen*, r.o. 34.



groep) zorgaanbieders, bijvoorbeeld door middel van een raamovereenkomst of door de opdracht in percelen te verdelen. Bovendien is ook hier het juridisch kader dat van toepassing is op een openhousemodel en dat ik in paragraaf 5.4.4 diepgaand zal bespreken, van belang om te toetsen of een dergelijke beperking *überhaupt* mag worden toegepast. In *soft law* van de EC is namelijk als vereiste voor dit soort systemen neergelegd dat geen beperkingen of quota mogen worden gesteld wat betreft het aantal dienstverrichters: iedereen die aan de voorwaarden voldoet kan deelnemen.<sup>923</sup>

### 5.3.4 Civiele rechter gaat voorbij aan scheidslijn overheidsopdracht en openhousemodel bij loting

Ook de Nederlandse rechter heeft zich inmiddels gebogen over zaken waarin een openhousestelsel met loting wordt toegepast. In deze (twee) zaken is het van meet af aan de bedoeling om één aanbieder voor de opdracht te selecteren door middel van loting. Toch oordeelt de rechter in beide zaken dat sprake is van een openhousemodel. Het oordeel van de rechter in deze zaken gaat daarom uit van een verkeerde interpretatie van de scheidslijn van exclusieve selectie tussen de overheidsopdracht en het openhousemodel.

In de eerste zaak is de organisatie van sociale diensten aan de orde, namelijk een opdracht voor jeugdzorg.<sup>924</sup> In deze zaak is door diverse gemeenten en (wederom) de Regio Gooi en Vechtstreek (RGV) een openhousemodel toegepast en zijn de aanbestedingsregels daarop niet van toepassing verklaard. De kern van het geschil draait om de vragen of sprake is van reële tarieven en of de voorwaarden die binnen het openhousemodel zijn gesteld voldoen aan het proportionaliteitsbeginsel.<sup>925</sup> Daarnaast stellen zorgaanbieders De Waag en Youké Sterke Jeugd dat bij de percelen 5.6 en 5.7 – opdrachten voor Forensische Behandeling en Multi Systeem Therapie – geen sprake is van een openhouseprocedure, omdat er bij die percelen wordt geloot.<sup>926</sup> Voor deze percelen gold namelijk dat slechts met één inschrijver een toelatingsovereenkomst zou worden gesloten. Als zich meer inschrijvers aandienen die voor toelating in aanmerking komen, dan zou door middel van loting worden bepaald met welke inschrijver de toelatingsovereenkomst zou worden gesloten.<sup>927</sup> De rechter gaat niet mee met de stelling van de zorgaanbieders. Daartoe overweegt hij dat ten aanzien van deze percelen in beginsel iedereen die aan de eisen voldoet wordt toegelaten. Alleen wanneer er meer jeugdhulpaanbieders hebben ingeschreven en zijn toegelaten dan het door RGV en de gemeenten vooraf bekendgemaakte maximumaantal met wie zij een overeenkomst wil sluiten, wordt er geloot. Volgens de rechter is dat ‘geheel in lijn met het karakter van de open house procedure;

923. Gids Europese Commissie, SWD(2013) 53 final/2, nr. 216, p. 113; zie ook punt 114 considerans bij Richtlijn 2014/24/EU.

924. Rb. Midden-Nederland (vzr.) 27 november 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:5180.

925. Rb. Midden-Nederland (vzr.) 27 november 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:5180, o.a. r.o. 5.13.

926. Rb. Midden-Nederland (vzr.) 27 november 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:5180, r.o. 5.2 e.v.

927. Rb. Midden-Nederland (vzr.) 27 november 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:5180, r.o. 3.5.

namelijk dat er niet aan de hand van selectie- en gunningsvoorwaarden een selectie en rangschikking van de inschrijvers plaatsvindt en dat inschrijvers niet met elkaar concurreren'.<sup>928</sup>

De rechter gaat er hier echter aan voorbij dat hier wel degelijk sprake is van exclusieve selectie. De gemeenten en RGV beogen namelijk slechts één zorgaanbieder per perceel te contracteren en niet een (grote) groep zorgaanbieders waaruit cliënten kunnen kiezen. Loting wordt daarbij ingezet als verdelingsprocedure, op basis waarvan gemeenten/RGV exclusief een opdracht zullen gunnen. Dat loting pas plaatsvindt als er meer dan één zorgaanbieder inschrijft op een perceel doet daar niet aan af. Een dergelijke procedure vertoont, evenals die in het hiervoor besproken Advies van de CvAE, niet de kenmerken van een openhousemodel. Daarbij zie ik hier een vorm van omzeiling van het aanbestedingsrecht optreden omdat een perceel door middel van loting wordt gegund aan één zorgaanbieder, en niet door een objectieve vergelijking van inschrijvingen aan de hand van (inhoudelijke) gunningscriteria.

Het oordeel van de Rechtbank Midden-Nederland wordt door de Rechtbank Amsterdam gevolgd.<sup>929</sup> Deze zaak ging om een opdracht van Stichting Open Nederland voor het beschikbaar stellen en exploiteren van testlocaties voor het testen op COVID-19 voor evenementen. De Stichting wilde via een openhousemodel de geschikte partijen contracteren, maar zou uiteindelijk per (veiligheids)regio met één partij de dienstverleningsovereenkomst aangaan.<sup>930</sup> Wanneer er meer dan één geldige aanmelding voor een regio zou zijn, zou via loting door de notaris worden bepaald welke marktpartij de diensten mag aanbieden. Interessant is dat de Stichting het beperken van het aantal heeft gemotiveerd door te stellen dat vanuit financieel oogpunt – de te selecteren partijen krijgen een beschikbaarheidsvergoeding – het aantal niet oneindig kan zijn.<sup>931</sup> Ook hier wordt door partijen aangevoerd dat geen sprake is van een (zuiver) openhousemodel; er wordt immers loting toegepast als er meer dan één aanmelding is.<sup>932</sup> Daarnaast halen zij ook Advies 529 van de CvAE aan.

De rechter volgt echter expliciet de lijn van de voorzieningenrechter in de hiervoor besproken zaak en concludeert dat sprake is van een zuiver openhousemodel en niet van een aanbestedingsprocedure.<sup>933</sup> Volgens de rechter zal met de loting namelijk geen selectie en rangschikking van gegadigden plaatsvinden aan de hand van gunningscriteria en concurreren de gegadigden niet met elkaar. Iedere gegadigde die aan de minimumvereisten voldoet wordt daarbij toegelaten.

De rechter gaat in deze overwegingen voorbij aan de inhoud van de scheidslijn tussen het openhousemodel en de overheidsopdracht.<sup>934</sup> Ook hier bestaat immers het doel van de procedure erin één ondernemer met exclusiviteit een opdracht te

928. Rb. Midden-Nederland (vzr.) 27 november 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:5180, r.o. 5.4.

929. Rb. Amsterdam (vzr.) 16 april 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:2005; Versteeg, JAAN 2021/118.

930. Rb. Amsterdam (vzr.) 16 april 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:2005, r.o. 2.8.

931. Rb. Amsterdam (vzr.) 16 april 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:2005, r.o. 2.9.

932. Rb. Amsterdam (vzr.) 16 april 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:2005, r.o. 3.2.

933. Rb. Amsterdam (vzr.) 16 april 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:2005, r.o. 4.11.

934. Zie ook kritisch over deze overwegingen van de Rb. Amsterdam: Versteeg, JAAN 2021/118.

gunnen; niet iedereen krijgt daadwerkelijk een dienstverleningsovereenkomst en ook wordt niet aan derden de keuze gelaten voor een van de aanbieders van de teststraten te kiezen. In dat geval is sprake van exclusieve selectie, waarbij loting als verdelingsmethode wordt toegepast. Deze opdracht had dan ook moeten worden aanbesteed. Als het gaat om het financiële argument van de Stichting om het aantal aanbieders te beperken, kan ten slotte worden opgemerkt dat juist een overheidsopdracht een instrument is waarmee een goede prijs voor de (beschikbaarheid van) teststraten kan worden uitgevraagd.

#### 5.4 JURIDISCH KADER OPENHOUSEMODEL

Het HvJ EU lichtte in *Falk Pharma*, in antwoord op de tweede prejudiciële vraag, een tipje van de sluier op wat betreft de regels die op een openhousemodel van toepassing zijn. Ook in *soft law* en in de considerans bij Richtlijn 2014/24/EU, worden daarover enkele aanwijzingen gegeven.<sup>935</sup> Van belang is echter dat duidelijkheid bestaat over het volledige juridische kader – Europees en nationaal – waarbinnen dergelijke systemen volgens het recht functioneren. In Nederland is op dit moment nog geen regeling van openhousestelsels in wetgeving opgenomen. Er is dan ook een situatie van rechtsonzekerheid ontstaan over de regels die van toepassing zijn op het openhousemodel.

In deze paragraaf staat dit juridisch kader van het openhousemodel, en de vraag hoe dit instrument volgens het recht moet worden gezien, centraal. Daartoe zal allereerst het openhousemodel worden vergeleken met een vergunningstelsel, een instrument dat veel overeenkomsten vertoont met het openhousemodel. Vervolgens zal aan de hand van de EU- en nationale regulering die van toepassing is op vergunningstelsels, worden gezien welke regels op een openhousemodel van toepassing zijn. Ook de basisregels die het Hof in *Falk Pharma* formuleerde en die reeds eerder zijn uitgelegd in documenten van de Europese Commissie, zullen daarbij aan de orde komen.

##### 5.4.1 Openhousemodel versus vergunningstelsels: juridisch technisch verschillende instrumenten

Vergunningstelsels en het openhousemodel hebben vergelijkbare kenmerken. Er kan dan ook over worden gediscussieerd of deze instrumenten hetzelfde zijn en of het openhousemodel als een vergunningstelsel kan worden aangemerkt. Hoewel klager in *Tirkkonen* het stelsel als een vergunningstelsel aanmerkt, en in de Engelse taalversie van het arrest *Falk Pharma* door het HvJ EU wordt gesproken van een ‘*authorisation procedure*’, kan daarmee nog niet worden gesteld dat dit stelsel als een vergunningstelsel, zoals bijvoorbeeld gedefinieerd in de Dienstenrichtlijn (zie paragraaf 4.2.2.1) moet worden aangemerkt.<sup>936</sup>

935. Zie Richtlijn 2014/24/EU, punt 4 en 114. Zie ook in de considerans bij Richtlijn 2014/23/EU, punt 13. Maar zie eerder ook al in documenten van de Europese Commissie: SWD(2013) 53 final/2, nr. 216. Zie verder: COM(2006) 177 definitief, p. 10; zie verder hierna.

936. Zie standpunt van klager in: *Tirkkonen*, r.o. 19. En vergelijk bijv. de terminologie in de taalversies van de zaak *Falk Pharma* in het Engels met de Nederlandse en Duitse; in die laatste twee wordt het woord vergunningstelsel vermeden. Het lijkt dan ook te gaan om een ‘*authorisation procedure*’ in de zin van een toelatingsprocedure.

Allereerst beantwoordt het HvJ EU de vraag of sprake is van een vergunningstelsel of een ander rechtsinstrument in de arresten *Falk Pharma* en *Tirkkonen* niet, maar laat dit in het midden. Dit kan worden verklaard door de vragen die de verwijzende rechter aan het Hof stelt: steeds gaat het om de vraag of sprake is van een overheidsopdracht als bedoeld in de aanbestedingsrichtlijnen. Het Europees recht laat lidstaten daarbij tot op zekere hoogte vrij om eigen begrippen te hanteren voor hun activiteiten. Het HvJ EU treedt hierbij op als bewaker van het nuttig effect van EU-recht en ziet erop toe dat de lidstaten de juiste regels naleven om dit effect te bereiken. In de arresten *Falk Pharma* en *Tirkkonen* doet het Hof dit door de maatregel te toetsen aan het EU-begrip overheidsopdracht als bedoeld in de aanbestedingsrichtlijnen.

Als naar de kenmerken van een vergunningstelsel en een openhousestelsel wordt gekeken, dan wordt echter een belangrijk verschil tussen de instrumenten zichtbaar. Een openhousemodel is er namelijk op gericht om door middel van contracten aan alle geïnteresseerde ondernemers de uitvoering van een activiteit zeker te stellen. Er worden contracten gesloten zodat bijvoorbeeld een gemeente die sociale diensten dient te organiseren ervoor kan zorgen dat voor cliënten in een voldoende toereikend aanbod aan diensten wordt voorzien. Er ontstaat daarbij een tweezijdige relatie tussen gemeenten en zorgaanbieders. Zoals besproken in paragraaf 4.2.2.2 is een belangrijk kenmerk van vergunningstelsels echter dat geen contracten worden gesloten, maar sprake is van een eenzijdige relatie waarbij een ondernemer niet verplicht is de activiteit uit te voeren en zich van de uitvoering van de activiteit kan terugtrekken.<sup>937</sup> Net als bij een overheidsopdracht onderscheidt een openhousemodel zich van een vergunningstelsel doordat er overeenkomsten onder bezwarende titel worden gesloten.<sup>938</sup> Voor het overige is het toelatingssysteem bij een openhousemodel vergelijkbaar met een vergunningstelsel. Bij beide instrumenten wordt namelijk de uitoefening van een activiteit onderworpen aan een voorafgaande toestemming. Pas als aan de randvoorwaarden is voldaan krijgt een zorgaanbieder het recht om tot het systeem toe te treden en daarmee toestemming om de activiteit, bijvoorbeeld het verlenen van jeugdzorg, aan cliënten aan te bieden.

Illustratief voor het verschil tussen een vergunningstelsel en een openhousemodel is ook dat als bij de contracten binnen een openhousemodel exclusieve selectie plaatsvindt, deze contracten moeten worden aangemerkt als overheidsopdrachten, terwijl vergunningen bij exclusieve selectie vergunningen blijven: zij zijn dan aan te merken als schaarse vergunningen. Ten slotte kunnen ook vergunningstelsels, als alternatieve keuzeoptie naast het openhousemodel, worden ingezet om sociale diensten te organiseren.<sup>939</sup>

De relevantie van het onderscheid tussen het openhousemodel en een vergunningstelsel is echter beperkt als het gaat om de regels die daarop van toepassing zijn.

937. Zie dit verschil bijvoorbeeld ook in de considerans bij de concessierichtlijn 2014/23/EU, punt 13 en 14, waarin een constructie als bij het openhousemodel en een vergunningstelsel apart wordt besproken.

938. Het openhousemodel onderscheidt zich dan vervolgens alleen van een overheidsopdracht omdat geen sprake is van selectie: *Falk Pharma*, r.o. 32 en 33; *Tirkkonen*, r.o. 28.

939. Zie o.a.: considerans punt 114 bij Richtlijn 2014/24/EU; *Gids Europese Commissie*, SWD(2013) 53 final/2, nr. 216; COM(2006) 177 definitief, p. 9.

Zowel bij de vergunningverlening als de toelating tot een openhousemodel geldt immers dat ieder die voldoet aan bepaalde voorwaarden voor die vergunning of toelating in aanmerking komt.<sup>940</sup> In zoverre zijn beide een besluit waarop de Awb van toepassing is. Ook raken beide instrumenten op dezelfde wijze aan de vrijverkeersbepalingen van het VWEU. Hier ga ik in paragraaf 5.4.4 uitgebreider op in. De vergunning en het openhousemodel zijn dus niet vergelijkbaar wat betreft het voorwerp van het stelsel: het contract dan wel de vergunning. Het contract is namelijk privaatrechtelijk geregeld, de vergunning is verankerd in het bestuursrecht. In die zin zou het openhousemodel ook wel in twee fasen kunnen worden verdeeld, waarbij de eerste fase – de toetreding tot het systeem – zich in essentie niet onderscheidt van een vergunningstelsel, en de tweede fase – de contractuele relatie – wel verschilt van de vergunning. Deze laatste fase van het openhousemodel valt in Nederland onder het privaatrecht.

#### 5.4.2 Juridisch kader openhousemodel naar analogie vergunningstelsels

Vergunningstelsels en het openhousemodel zijn dus verschillende instrumenten, maar lijken op elkaar wat betreft het toetredingssysteem. Op basis daarvan moet wat betreft het systeem *an sich*, en de mogelijkheid tot toetreding daartoe, worden aangesloten bij de regels die op EU- dan wel nationaal niveau gelden voor vergunningstelsels. Het openhousemodel raakt namelijk op dezelfde wijze als vergunningstelsels de EU-regulering van het vrij verkeer op het moment dat het stelsel een duidelijk grensoverschrijdend aspect heeft. Evenals vergunningstelsels is ook het openhousemodel, hoewel het gaat om het toekennen van overheidscontracten, in essentie te beschouwen als een instrument om de toegang van dienstverleners tot de uitoefening van een activiteit te reguleren. Zonder toestemming dan wel zonder het voldoen aan bepaalde randvoorwaarden mag een geïnteresseerde ondernemer de activiteit niet uitoefenen. De overheid wordt bij het gebruik van een dergelijk systeem door Caranta ook wel een ‘*gatekeeper*’ genoemd, wat vergelijkbaar is met de rol van de overheid bij een vergunningstelsel voor niet-schaarse vergunningen.<sup>941</sup> Er is echter ook een verschil waarneembaar, namelijk dat het openhousemodel ziet op het sluiten van overheidscontracten en dus een instrument is voor overheden om taken (verplicht) te laten uitvoeren tegen betaling. De vraag is dan ook welke regels die van toepassing zijn op vergunningstelsels, doorwerken op het openhousemodel.

940. Zie ook: CvAE 29 november 2019, Advies 507, onderdeel 7 (aanbeveling), onder 7.3. Ook de CvAE ziet bij het openhousemodel vergelijkbare kenmerken als bij een vergunningstelsel als de toelatingsprocedure tot het openhousemodel volgens de CvAE lijkt op de toekenningsprocedure van een aanvrager voor een niet-schaarse vergunning.

941. Caranta, *CMLR* 2015, p. 447. Zie par. 4.4 over de onderscheiden rollen van de overheid bij de verschillende instrumenten.

### 5.4.3 Dienstenrichtlijn van toepassing op openhousemodel voor sociale diensten?

De vraag die ten aanzien van het juridisch kader van het openhousemodel allereerst gesteld moet worden, is of een dergelijk stelsel valt onder Richtlijn 2006/123/EG (hierna: de Dienstenrichtlijn). Deze richtlijn werkt namelijk de bepalingen van het vrij verkeer van vestiging en diensten verder uit.<sup>942</sup>

Daarbij moet echter ten eerste worden opgemerkt dat (opdrachten voor) sociale diensten in art. 2 lid 2 sub j van de Dienstenrichtlijn zijn uitgezonderd.<sup>943</sup> Deze uitzondering — die er bij de totstandkoming van de richtlijn op initiatief van het Europees Parlement is gekomen — is door het HvJ EU in het arrest *Femarbel* verduidelijkt.<sup>944</sup> In deze zaak, die kortgezegd gaat om vergunnings-, erkennings- en programmeringsprocedures voor bejaardenzorg in België, rijst de vraag of de Dienstenrichtlijn hierop van toepassing is of dat deze diensten onder de uitzondering van (onder meer) art. 2 lid 2 sub j valt.

Over deze uitzonderingsgrond voor sociale diensten legt het Hof uit dat het gaat om twee cumulatieve vereisten.<sup>945</sup> Het eerste vereiste betreft de aard van de activiteiten. In het *Handboek voor de implementatie van de Dienstenrichtlijn* is namelijk verduidelijkt dat de bedoelde uitgezonderde diensten de ondersteuning betreffen van gezinnen of personen die vanwege een ontoereikend gezinsinkomen of een volledig of gedeeltelijk gebrek aan zelfstandigheid in permanente of tijdelijke nood verkeren, en van personen die in achterstandssituaties dreigen te geraken, waaronder diensten voor ouderenzorg of voor werklozen.<sup>946</sup>

Volgens het HvJ EU gaat het dan ook om ‘activiteiten die van wezenlijk belang zijn om het grondrecht op menselijke waardigheid en integriteit te verzekeren en een uiting vormen van de beginselen van sociale samenhang en solidariteit’.<sup>947</sup> Wat de aard van de activiteiten betreft, kan dan ook worden vastgesteld dat de diensten die in dit boek bedoeld zijn, daaronder vallen. Diensten zoals gezinszorg, jeugdzorg, maar ook huishoudelijke hulp en ander welzijnswerk, zijn er namelijk op gericht om gezinnen of personen die in achterstandssituaties dreigen te geraken, te ondersteunen in hun zelfredzaamheid en die het recht op de menselijke waardigheid tot doel hebben.

942. Dit kwam ook reeds kort aan de orde in hoofdstuk 4, par. 4.2, bij de regulering van vergunningenstelsels.

943. Overigens zijn op grond van sub f ook diensten van gezondheidszorg uitgezonderd. Volgens het HvJ EU (HvJ EU 11 juli 2013, C-57/12, ECLI:EU:C:2013:517 (*Femarbel*), r.o. 42 e.v.), moet deze uitzondering ‘redelijk ruim’ worden opgevat en omvat dit alle medische en farmaceutische diensten die mensen werkzaam in de gezondheidszorg aan patiënten verlenen om hun gezondheid te beoordelen, te bewaren of te verbeteren, voor zover deze activiteiten zijn voorbehouden aan een gereguleerd beroep binnen de gezondheidszorg. Dit betreft m.i. echter niet de diensten als bedoeld in dit boek als het hoofddoel van deze sociale diensten vaak niet is om de gezondheid van cliënten te beoordelen, te behouden of te herstellen, maar meer zien op het welbevinden of de zelfredzaamheid van personen.

944. *Femarbel*, r.o. 42 e.v. Zie hierover: Botman 2015, p. 205 e.v. Zie ook: Van de Gronden, *SEW* 2007, 10, p. 2; Van Rijn 2006; Stellingwerff Beintema, *De Gemeentestem* 2010, 49. Zie verder ook de considerans bij de Dienstenrichtlijn, punt 4, 10, 27 en 28.

945. *Femarbel*, r.o. 42; zie ook: Botman 2015, p. 205; Van Rijn 2006.

946. *Handboek voor de implementatie van de Dienstenrichtlijn* 2007, p. 13; *Femarbel*, r.o. 42.

947. *Femarbel*, r.o. 43; Botman 2015, p. 205. Dit kenmerk van de bedoelde diensten is ook te lezen in de considerans punt 27 bij Richtlijn 2006/123/EG.

Van belang is echter dat het tweede vereiste, de status van de dienstverrichter, de reikwijdte van deze uitzondering beperkt.<sup>948</sup> De uitzondering gaat namelijk alleen op voor diensten die worden verricht door de staat zelf (i), door aanbieders die daartoe door de staat zijn gemachtigd en dus verplicht zijn om dergelijke diensten te verrichten (ii), of door liefdadigheidsinstellingen die als zodanig door de staat zijn erkend (iii).<sup>949</sup> Diensten die worden verricht door particuliere marktdeelnemers die zonder opdracht van de staat opereren vallen er dus niet onder.<sup>950</sup> Het Hof legt uit dat van deze uitzondering sprake is als een dienstverrichter verplicht is de aan hem opgedragen sociale diensten te verstrekken (zodat de dienstverrichtingen voor iedereen gelijk toegankelijk zijn), tegen bepaalde voorwaarden en tegen een financiële vergoeding.<sup>951</sup> Ook hieraan is bij het toepassen van een openhousemodel voor sociale diensten voldaan: er is bij een openhousemodel altijd sprake van een contractuele verplichting om de diensten te leveren; is die er niet dan is sprake van een vergunningstelsel.

Zowel aan de eerste als aan de tweede cumulatieve voorwaarde zal bij het toepassen van een openhousemodel voor sociale diensten in Nederland dus zijn voldaan. Het speciale karakter van sociale diensten – zijnde een terrein waarop lidstaten nog grotendeels hun eigen bevoegdheden hebben en waarop zij met hun eigen gebruiken en behoeften rekening willen kunnen houden – is dus terug te zien in de Dienstenrichtlijn. Zo overwoog ook het HvJ EU in *Femarbel* dat ‘de Uniewetgever uitdrukkelijk heeft beoogd een evenwicht te bewaren tussen enerzijds de doelstelling om belemmeringen voor de vrijheid van vestiging van dienstverrichters en voor het vrije verkeer van diensten te verwijderen en anderzijds het vereiste dat het specifieke karakter van bepaalde gevoelige activiteiten, met name die betreffende de bescherming van de menselijke gezondheid, wordt beschermd’.<sup>952</sup>

Hoewel een openhousemodel voor de organisatie van sociale diensten dus niet onder de Dienstenrichtlijn valt, rest ook de vraag of een openhousemodel dat ziet op andersoortige diensten, zoals bijvoorbeeld adviesdiensten als in *Tirkkonen*, al dan niet onder de Dienstenrichtlijn valt. Daarover bestaat onduidelijkheid en het zou goed zijn als door de EU-wetgever of -rechter daarover duidelijkheid wordt gegeven. Er is namelijk een duidelijk verschil tussen een openhousemodel en een vergunningstelsel zoals gedefinieerd in de Dienstenrichtlijn. Een vergunningstelsel houdt in de zin van die richtlijn namelijk in: ‘elke procedure die voor een dienstverrichter of afnemer de verplichting inhoudt bij een bevoegde instantie stappen te ondernemen ter verkrijging van een formele of stilzwijgende beslissing over de toegang tot of de uitoefening van een dienstenactiviteit’. Een openhousemodel ziet niet op een (enkele) toestemming om een activiteit uit te voeren, maar op het sluiten van (overheids)contracten voor de uitvoering van diensten. Anderzijds kan ook worden beargumenteerd dat bij een openhousemodel in feite hetzelfde gebeurt

948. *Femarbel*, r.o. 45.

949. *Handboek voor de implementatie van de Dienstenrichtlijn* 2007, p. 13.

950. Bijvoorbeeld kinderzorg die wordt verstrekt door particuliere kinderverzorgers en particuliere thuiszorgdiensten; wanneer die niet handelen in opdracht van de staat vallen zij wel onder de Dienstenrichtlijn.

951. *Femarbel*, r.o. 45-47.

952. *Femarbel*, r.o. 39.

als bij een vergunningstelsel – namelijk een toetsing aan randvoorwaarden, waarna iedere geïnteresseerde wordt toegelaten om de diensten te verrichten – en dat daarom vergelijkbare regels van toepassing (moeten) zijn.

#### 5.4.4 Voorwaarden openhousemodel vloeien voort uit beginselen van non-discriminatie, gelijke behandeling, transparantie en evenredigheid

Als de Dienstenrichtlijn niet van toepassing is, gelden voor het openhousemodel de bepalingen van het vrij verkeer uit het VWEU. In het *Falk Pharma*-arrest zijn het ook deze bepalingen die het HvJ EU van toepassing verklaart op dergelijke open systemen.<sup>953</sup> Net als vergunningstelsels raakt de toetreding tot een openhousemodel namelijk het vrij verkeer (van diensten, vestiging of goederen). Van beide instrumenten kan immers worden vastgesteld dat zij de toetreding reguleren van geïnteresseerde belanghebbenden tot het uitvoeren van een activiteit (of leveren van goederen), waarbij ook buitenlandse ondernemers geïnteresseerd kunnen zijn. Zo worden in het kader van een vergunningstelsel (of andere erkenningssystemen), maar ook in een openhousemodel bijvoorbeeld bepaalde kwaliteits-, opleidings- of taaleisen gesteld aan de geïnteresseerde dienstverrichters, waaraan zij moeten voldoen voordat zij de activiteit mogen uitvoeren.

##### *Vereisten uit jurisprudentie en soft law*

Het HvJ EU legt in *Falk Pharma* uit dat dergelijke open systemen, voor zover het voorwerp ervan een duidelijk grensoverschrijdend belang heeft, zijn onderworpen aan de fundamentele regels van het VWEU en in het bijzonder aan de beginselen van non-discriminatie, gelijke behandeling en transparantie.<sup>954</sup> Tegelijk wijst het Hof erop dat de lidstaten bij de vaststelling van maatregelen om de gelijke behandeling en transparantie te verzekeren over een zekere beoordelingsmarge beschikken. In het kader van het transparantiebeginsel noemt het Hof evenwel als ondergrens dat aan een dergelijk systeem een passende bekendmaking moet worden gegeven, 'die aan mogelijk belangstellende ondernemers toestaat naar behoren kennis te nemen van het verloop en de wezenlijke kenmerken van een toelatingsprocedure'.<sup>955</sup>

Vergelijkbaar met vergunningstelsels mag dus ook het openhousemodel (met duidelijk grensoverschrijdend belang) op grond van het vrij verkeer niet discriminerend zijn voor geïnteresseerden uit een andere lidstaten en moet het voldoende worden bekendgemaakt.<sup>956</sup> Evenals bij vergunningstelsels is er ruimte voor de lidstaten om te bezien hoe zij aan deze verplichtingen uitvoering geven; er is – behalve door de Dienstenrichtlijn – niet voorzien in harmonisatie van de procedure die moet worden doorlopen.

Ook reeds lang voor *Falk Pharma* is echter op EU-niveau uitgelegd welke regels op dergelijke open systemen van toepassing zijn en waarbij de gelijkheid met vergunningstelsels duidelijk blijkt.<sup>957</sup> Het gaat in deze documenten steeds over de organi-

953. Zie *Falk Pharma*, r.o. 43 e.v.

954. *Falk Pharma*, r.o. 44.

955. *Falk Pharma*, r.o. 45.

956. Over wat als voldoende bekendmaking heeft te gelden zie meer par. 5.4.5.

957. Daarover was ook reeds gepubliceerd, zie o.a. Manunza & Berends 2013, p. 347.



satie van sociale diensten. Zo legde de Europese Commissie reeds in 2006 uit dat ‘dergelijke maatregelen moeten worden gebaseerd op objectieve criteria, die niet-discriminatoir en vooraf kenbaar zijn, zodat een grens wordt gesteld aan de beoordelingsvrijheid van de nationale autoriteiten’. Daarnaast moet een dergelijke procedure evenredig zijn en moet worden voorzien in effectieve rechtsbescherming.<sup>958</sup>

In 2013 legt de Commissie meer specifiek uit dat sociale diensten ook kunnen worden georganiseerd door middel van het afgeven van vergunningen of machtigingen.<sup>959</sup> Hoewel de Commissie alleen vergunningen en machtigingen noemt, moet ook het openhousemodel in dit rijtje worden geschaard. Als vereiste wordt namelijk door de Commissie onder meer genoemd dat dienstverrichters met een vergunning/machtiging de dienst *moeten* verrichten op verzoek van de gebruikers. Dienstverrichters hebben dus niet alleen toestemming een taak te verrichten, maar moeten dit doen; het gaat hier dus eerder om een openhousemodel (contract met uitvoeringsverplichting) dan een vergunningstelsel.

De Commissie somt als vereisten voor dergelijke stelsels op: dat aan de vergunningen- (of openhouse)stelsels met het oog op het discriminatieverbod en transparantiebeginsel afdoende bekendheid moet worden gegeven (i), dat de voorwaarden vooraf moeten worden vastgesteld (ii) door de bevoegde instantie (iii) en dat aan alle dienstverrichters die aan de voorwaarden voldoen een vergunning of machtiging moet worden afgegeven (iv). In verband met dit vierde vereiste mag er in dit soort systemen volgens de Commissie geen beperking of *quotum* worden gesteld aan het aantal dienstverrichters: iedereen die aan de voorwaarden voldoet kan deelnemen. Op grond van dit vereiste kan men zich afvragen of een beperking in het aantal zorgaanbieders, zoals hiervoor besproken, op grond van het juridisch kader is toegestaan. Ik kom op dit vereiste in deze paragraaf nog terug, aangezien daarop op grond van de EU-regulering voor vergunningstelsels een uitzondering kan worden gevonden. Ten slotte moeten dienstverrichters met een vergunning/machtiging de dienst verrichten op verzoek van de gebruikers (v), die zo kunnen kiezen tussen verschillende dienstverrichters, en dit tegen een prijs die vooraf door de overheidsinstantie is vastgelegd.

Bij dit vereiste past de opmerking dat deze eis niet direct is te herleiden uit de beginselen genoemd in *Falk Pharma* en evenmin is terug te vinden in andere jurisprudentie bijvoorbeeld ten aanzien van vergunningstelsels; deze voorwaarde ontbreekt immers juist bij vergunningstelsels gezien het karakter daarvan. Het vereiste lijkt voort te komen uit het specifieke karakter van sociale diensten waarvoor de Commissie deze eisen heeft verduidelijkt. Bij deze diensten is immers van cruciaal belang dat cliënten worden geholpen en waarbij ‘*cherry picking*’ door zorgaanbieders moet worden voorkomen.<sup>960</sup> Als zorgaanbieders namelijk cliënten kunnen weigeren, bestaat het risico dat zij alleen die cliënten behandelen die het meest opleveren in termen van vergoeding dan wel intensiviteit van de behandeling.

958. COM(2006) 177 definitief, p. 10.

959. Gids Europese Commissie, SWD(2013) 53 final/2, nr. 216, p. 113.

960. Zo wordt de acceptatieplicht bij diverse contracten reeds opgenomen, zie o.a.: Rb. Den Haag (vzr.) 22 oktober 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:11096, r.o. 5.33. De rechter acht deze acceptatieplicht dan ook voorshands niet disproportioneel.

In punt 114 van de considerans bij Richtlijn 2014/24/EU zijn precies dezelfde vereisten opgesomd bij het gebruik van dergelijke open systemen; daarmee heeft de EU-wetgever deze dan ook bevestigd.

*Vereisten openhousemodel in licht van vergunningstelsels*

De hiervoor genoemde vereisten moeten in het licht van de regulering die op vergunningstelsels van toepassing is worden geplaatst, om ze beter te begrijpen. Uit rechtspraak van het HvJ EU volgt namelijk dat vergunningstelsels *an sich* en de voorwaarden die in een vergunningstelsel worden gesteld in beginsel een belemmering van het vrij verkeer vormen.<sup>961</sup> De uitoefening van een activiteit is namelijk aan voorafgaande goedkeuring van een nationale instantie onderworpen en kan niet vrijelijk worden uitgeoefend. Het Hof wijst vervolgens op het nuttig effect van deze regels, die wordt ontnomen als lidstaten zomaar allerlei voorwaarden kunnen stellen aan de uitvoering van activiteiten.<sup>962</sup> Voorwaarden die in het kader van een vergunningstelsel, maar ook bijvoorbeeld in andere erkenningsregelingen worden gesteld voor de uitvoering van een activiteit, zijn dus in potentie een verboden belemmering van het vrij verkeer van diensten of vestiging. Het is echter evenzo vaste rechtspraak dat een dergelijke beperking, als gevolg van het stellen van voorwaarden aan de uitvoering van een dienstactiviteit, kan worden gerechtvaardigd.<sup>963</sup>

Zo oordeelde het Hof meermaals, bijvoorbeeld in zaken waarin eisen aan beroepskwalificaties van dienstverrichters werden gesteld, dat het niet onverenigbaar is met het Verdrag dat aan de uitvoering van bepaalde dienstverrichtingen specifieke eisen worden gesteld op grond van de voor de betrokken werkzaamheden geldende regels.<sup>964</sup>

Deze rechtvaardiging van een beperking van het vrij verkeer moet worden gebaseerd op de Verdragsuitzonderingen in de vrijverkeersbepalingen of worden gebaseerd op de *rule-of-reason*-uitzondering uit jurisprudentie van het HvJ EU.<sup>965</sup> Deze laatste houdt in dat een beperking van het vrij verkeer moet worden gerechtvaardigd op grond van een dwingende reden van algemeen belang en moet voldoen aan de evenredigheidstoets: de maatregel moet geschikt en noodzakelijk zijn om het doel

- 
961. Zie o.a. HvJ EG 25 juli 1991, C-76/90, ECLI:EU:C:1991:331 (*Säger v Dennemeyer*), r.o. 12-14; HvJ EG 26 februari 1991, C-154/89, ECLI:EU:C:1991:76 (*Commissie/Frankrijk*), r.o. 12; HvJ EG 26 februari 1991, C-180/89, ECLI:EU:C:1991:78 (*Commissie/Italië*), r.o. 15; HvJ EG 28 maart 1996, C-272/94, ECLI:EU:C:1996:147 (*Guiot*), r.o. 10; HvJ EG 20 februari 2001, C-205/99, ECLI:EU:C:2001:107 (*Anafir*), r.o. 21 e.v.; HvJ EG 17 juli 2008, C-389/05, ECLI:EU:C:2008:411 (*Commissie/Frankrijk*), r.o. 52 e.v. Zie ook reeds: HvJ EG 4 december 1984, 205/84, ECLI:EU:C:1986:463 (*Commissie/Duitsland*), r.o. 19; HvJ EG 10 maart 2009, C-169/07, ECLI:EU:C:2009:141 (*Hartlauer*), r.o. 34-35; zie ook: HvJ EU 1 juni 2010, gevoegde zaken C-570/07 en C-571/07, ECLI:EU:C:2010:300 (*Blanco Pérez en Gómez*), r.o. 54. Zie hierover o.a.: Van den Broeck 2014, p. 94.
962. *Commissie/Frankrijk*, r.o. 12; zie o.a.: *Säger v Dennemeyer*, r.o. 13.
963. Zie bijv. in *Hartlauer*, r.o. 46 e.v.; HvJ EU 11 maart 2010, zaak C-384/08, ECLI:EU:C:2010:133 (*Attanasio Group Srl*).
964. Zie o.a.: *Commissie/Frankrijk*; *Commissie/Italië*, r.o. 17; *Säger v Dennemeyer*, r.o. 14.
965. De Verdragsuitzonderingen zijn neergelegd in art. 36 (vrij verkeer van goederen), art. 51, 52 jo. 62 (vrij verkeer van vestiging/diensten) en betreffen o.a.: de openbare orde, openbare veiligheid en de volksgezondheid. De *Rule of Reason*-uitzondering is gebaseerd op het *Cassis de Dijon*-arrest en nadien meermaals bevestigd: HvJ EG 20 februari 1979, zaak 120/78, ECLI:EU:C:1979:42 (*Cassis de Dijon*).

te bereiken en proportioneel zijn (in strikte zin).<sup>966</sup> Ook moeten de maatregelen zonder discriminatie worden toegepast.<sup>967</sup> In dat licht moeten evenals bij vergunningstelsels ook alle randvoorwaarden gesteld binnen een openhousemodel, (in beginsel) worden gezien als een belemmering van het vrij verkeer. De randvoorwaarden moeten dan ook gerechtvaardigd worden op basis van een dwingende reden van algemeen belang, en zij moeten geschikt en noodzakelijk zijn om dat doel te bereiken en proportioneel zijn. Daarbij mogen de voorwaarden niet discriminerend zijn. In het licht van deze voorwaarde is ook het vereiste uit *soft law* van de Commissie, dat er geen beperkingen of quota aan het aantal dienstverrichters mogen worden gesteld, mijn inziens beter te begrijpen. Een beperking van het aantal is namelijk in beginsel een verboden beperking van het vrij verkeer. Ik ben echter van mening dat ook voor een beperking van het aantal dienstverrichters een rechtvaardiging kan worden gevonden, daarover meer hierna als ik de vereisten van het openhousemodel zal toepassen op sociale diensten.

Daarnaast zijn er in de rechtspraak van het HvJ EU nog enkele andere belangrijke voorwaarden geformuleerd waaraan vergunningstelsels moeten voldoen. Deze sluiten aan bij de aanwijzingen die in *Falk Pharma* en in de considerans bij Richtlijn 2014/24/EU zijn gegeven, en die dus ook gelden voor het openhousemodel. In het arrest *Analir* heeft het HvJ EU namelijk verder gespecificeerd aan welke voorwaarden vergunningstelsels moeten voldoen om gerechtvaardigd te zijn. Zo oordeelde het HvJ EU:

*‘Wil een stelsel van voorafgaande administratieve vergunningen dus gerechtvaardigd zijn, niettegenstaande het feit dat het aan een fundamentele vrijheid derogeert, dan moet het hoe dan ook zijn gebaseerd op objectieve criteria, die niet-discriminatoir en voor de betrokken ondernemingen vooraf kenbaar zijn; aldus wordt een grens gesteld aan de wijze van uitoefening van de beoordelingsvrijheid van de nationale autoriteiten en wordt willekeur voorkomen.’<sup>968</sup>*

Hier voegt het HvJ EU aan toe dat elke persoon die wordt geraakt door een restrictieve maatregel die op een dergelijke derogatie is gebaseerd over een rechtsmiddel moet beschikken. De vereisten die gelden voor het openhousemodel vloeien dus voort uit de vrijverkeersbepalingen en beginselen van het VWEU: om willekeur, discriminatie en ongelijke behandeling te voorkomen moet het gaan om vooraf vastgestelde objectieve criteria, die niet-discriminatoir en voor de betrokken ondernemingen vooraf kenbaar zijn. Door middel van deze voorwaarden wordt de gelijke

966. Zie bijv.: *Analir*, r.o. 35. Zie voor een duidelijk voorbeeld van de geschiktheidstoets de zaak *Hartlauer*, r.o. 50 e.v. In het kader van die eis wordt onder meer bezien of de verwezenlijking van de doelstelling coherent en systematisch wordt nagestreefd.

967. Deze vier vereisten zijn duidelijk opgesomd in: HvJ EG 30 november 1995, C-55/94, ECLI:EU:C:1995:411 (*Gebhard*), r.o. 37; zie ook *Hartlauer*, r.o. 45.

968. *Analir*, r.o. 38. Deze overweging is overigens meermaals bevestigd, zie in: HvJ EG 3 mei 2003, C-385/99, ECLI:EU:C:2003:270 (*Müller-Fauré en Van Riet*), r.o. 84-85; HvJ EG 17 juli 2008, C-389/05, ECLI:EU:C:2008:411 (*Commissie/Frankrijk*), r.o. 67; *Hartlauer*, r.o. 64; HvJ EU 3 juni 2010, zaak C-203/08, ECLI:EU:C:2010:307 (*Betfair*), r.o. 50-51; HvJ EU 8 september 2010, zaak C-46/08, ECLI:EU:C:2010:505 (*Carmen Media Group*), r.o. 87; HvJ EU 9 september 2010, zaak C-64/08, ECLI:EU:C:2010:506 (*Engelmann*), r.o. 55.

behandeling tussen ondernemers bij toetreding tot een vergunningstelsel, dan wel het openhousemodel, gewaarborgd.

*Schematische weergave juridisch kader openhousemodel*

Een openhousemodel met een duidelijk grensoverschrijdend belang moet op grond van EU-recht dus aan een aantal belangrijke vereisten voldoen. Deze zijn hierna schematisch weergegeven. Merk op dat de vereisten dus voortvloeien uit de hoofdeis: het in acht nemen van de vrijverkeersbepalingen en de daaruit voortvloeiende beginselen.

**Schema vereisten openhousemodel**

---

**Fundamentele verkeersvrijheden en beginselen van non-discriminatie, gelijke behandeling, transparantie en evenredigheid moeten in acht worden genomen:**

---

- Elke toetredingsvoorwaarde moet gerechtvaardigd en proportioneel (geschikt, noodzakelijk en proportioneel in strikte zin) zijn
- De toetredingsvoorwaarden moeten objectief en niet-discriminerend zijn
- Passende bekendmaking is vereist zodat mogelijk belangstellende ondernemers kennis kunnen nemen van het verloop en de wezenlijke kenmerken van de openhouseprocedure
- Toetredingsvoorwaarden moeten vooraf worden vastgesteld en mogen niet tussentijds aangepast
- Toetredingsvoorwaarden moeten door een overheidsinstantie worden vastgesteld
- In beginsel geen beperkingen of quota aan het aantal dienstverrichters dat mag toetreden

***Specifiek voor sociale diensten:***

- Dienstverrichters moeten de dienst verrichten op verzoek van de gebruikers
- 

**5.4.5 Vereisten openhousemodel toegepast op sociale diensten**

**5.4.5.1** *Elke toetredingsvoorwaarde moet gerechtvaardigd en proportioneel zijn*

Een openhousemodel voor de organisatie van sociale diensten dat een duidelijk grensoverschrijdend belang heeft (wanneer dat het geval is, zie paragraaf 2.6.1), moet dus aan de fundamentele vrijverkeersbepalingen en aan de daaruit voortvloeiende beginselen van non-discriminatie, gelijke behandeling, transparantie en evenredigheid voldoen. Dit betekent voor een openhousemodel voor sociale diensten

allereerst dat elke randvoorwaarde voor toetreding tot het stelsel in potentie een belemmering voor het vrij verkeer vormt. Elke toetredingsvoorwaarde moet dan ook worden gerechtvaardigd. Bij sociale diensten is er geen specifieke verdragsuitzondering van toepassing en zal de rechtvaardiging dus dienen te worden gebaseerd op een dwingende reden van algemeen belang. Doelstellingen van sociaal beleid worden in de jurisprudentie als een dwingende reden van algemeen belang aangemerkt.<sup>969</sup> Ook het waarborgen van een dienst van algemeen economisch belang is als zodanig aangemerkt.<sup>970</sup> De gestelde voorwaarde voor toetreding moet daarbij geschikt en noodzakelijk zijn met het oog op de betrokken doelstelling en mag niet discriminerend zijn.

Toegepast op sociale diensten die door middel van een openhousemodel worden georganiseerd, zijn de toetredingsvoorwaarden gericht op het toetsen van de (minimum)geschiktheid en -bekwaamheid van de zorgaanbieders. Deze voorwaarden kunnen dan ook worden gerechtvaardigd om redenen van sociaal beleid dan wel het waarborgen van een dienst van algemeen economisch belang: ze zijn immers gericht op het waarborgen van een goede organisatie van sociale diensten.<sup>971</sup> Deze toetredingsvoorwaarden dienen er namelijk toe alleen voldoende gekwalificeerde zorgaanbieders toe te staan de diensten aan te bieden en zodoende cliënten te beschermen tegen zorgaanbieders die niet aan bekwaamheidsvereisten voldoen. Zodoende bewaken zij in zekere mate de kwaliteit van sociale diensten.

Daarbij moeten de randvoorwaarden ook geschikt en noodzakelijk zijn om dit doel te bereiken en proportioneel zijn. Daarvoor moet kunnen worden aangetoond waarom bijvoorbeeld bepaalde opleidings- of andere bekwaamheidseisen geschikt en noodzakelijk zijn in een specifiek geval om bovengenoemd doel te bereiken en dat die eisen proportioneel zijn. Dit is het geval op het moment dat slechts minimumvoorwaarden worden gesteld, die daadwerkelijk de goede organisatie van sociale diensten tot doel hebben en als die voorwaarden niet verder gaan dan noodzakelijk. Worden echter striktere randvoorwaarden gehanteerd, bijvoorbeeld hogere opleidings- of taaleisen die niet noodzakelijk zijn voor de uitvoering van de opdracht of die disproportioneel zijn, dan is dit tenzij daarvoor ook een rechtvaardigingsgrond bestaat, een verboden belemmering van het vrij verkeer.

#### 5.4.5.2 De toetredingsvoorwaarden moeten objectief en niet-discriminerend zijn

De toetredingsvoorwaarden bij een openhousemodel voor sociale diensten mogen niet discriminerend zijn en zij moeten objectief zijn. Het stelsel mag immers geen ruimte laten voor willekeur en ongelijke behandeling. Hieruit volgt dat bijvoorbeeld alle kwaliteits- en opleidingseisen die door gemeenten worden vastgesteld, lokale of nationale ondernemers niet mogen bevoordelen boven geïnteresseerde onderne-

969. COM(2006) 177 definitief, p. 10; Overweging 40 en art. 4 Dienstenrichtlijn. HvJ EG 14 december 1995, C-317/93, ECLI:EU:C:1995:438 (*Inge Nolte*), r.o. 33; HvJ EU 5 maart 2009, zaak C-388/07, ECLI:EU:C:2009:128 (*Age Concern*), r.o. 40.

970. HvJ EG 28 september 2006, gevoegde zaken C-282/04 en C-283/04, ECLI:EU:C:2006:608 (*Commissie /Nederland*), r.o. 38.

971. Het gaat daarbij namelijk om de kwaliteit van de organisatie van sociale diensten te waarborgen, wat een erkende doelstelling is in de EU-Verdragen (zie art. 14 VWEU en protocol 26), op grond waarvan ook uitzonderingen in bijv. de Dienstenrichtlijn (art. 2) en Aanbestedingsrichtlijnen (art. 74-76) zijn opgenomen en in hiervoor reeds genoemde *soft law* is uitgewerkt.

mers uit andere lidstaten. Dit betekent concreet dat zorgaanbieders of professionals uit andere lidstaten die voldoende gekwalificeerd zijn, niet kunnen worden geweigerd op grond van discriminerende toelatingseisen.<sup>972</sup> Er moet bij de gestelde voorwaarden rekening worden gehouden met de kennis en de kwalificaties die in een andere lidstaat zijn verworven. Ook betekent dit bijvoorbeeld dat geen hogere taaleisen mogen worden gesteld dan nodig voor de goede uitvoering van de opdracht.<sup>973</sup> Dit is met het oog op het voorgaande slechts anders als kan worden aangetoond dat dergelijke eisen strikt noodzakelijk zijn voor een goede uitvoering van de opdracht.

Verder is bijvoorbeeld een toetredingseis dat een zorgaanbieder reeds een vestiging heeft in de regio waar de opdracht moet worden uitgevoerd in strijd met het non-discriminatie- en gelijkheidsbeginsel. Een dergelijke eis is namelijk – net als bij een overheidsopdracht – ook bij open stelsels, zoals een openhousemodel, in beginsel een ongeoorloofde bevoordeling van lokale ondernemers.<sup>974</sup> Als het gaat om objectieve toetredingsvoorwaarden mag bijvoorbeeld niet het al dan niet hebben van een goed gevoel bij of de goede ervaring met de zorgaanbieder een rol spelen bij zijn toelating.

#### 5.4.5.3 *Passende bekendmaking*

Daarnaast moet aan het stelsel voldoende bekendheid worden gegeven. Hoe deze bekendmakingsplicht wordt vormgegeven en wat daarvoor voldoende is, ligt binnen de beoordelingsmarge van de lidstaten.<sup>975</sup> Op dit moment worden in Nederland opdrachten die worden gesloten door middel van een openhousemodel meestal aangekondigd via TenderNed en daarnaast ook wel door middel van een bekendmaking op de gemeentelijke website. Deze beide platformen kunnen toereikend zijn voor de bekendmakingsplicht. Wordt de toetredingstijd binnen een openhousemodel echter beperkt (en is sprake van een duidelijk grensoverschrijdend belang), dan zal een publicatie op TenderNed of vergelijkbaar platform verplicht zijn. In dat geval moeten ondernemers uit andere lidstaten immers op tijd op de hoogte zijn van het openhousemodel. Het zou de transparantie ten goede komen als altijd voor hetzelfde platform wordt gekozen. Daarvoor zou TenderNed zeer geschikt kunnen zijn. Mogelijk kan worden voorzien in een duidelijk onderscheid op dit platform tussen de gunning van opdrachten door middel van aanbestedingsprocedures en openhouseprocedures.

#### 5.4.5.4 *Toetredingsvoorwaarden moeten vooraf door gemeente worden vastgesteld*

Van belang bij een openhousemodel voor sociale diensten is voorts dat de toetredingseisen vooraf (i) en door de gemeente (ii) moeten worden vastgesteld. Ook deze vereisten vloeien voort uit de hierboven genoemde EU-beginselen als daardoor willekeur en ongelijke behandeling bij een dergelijk stelsel wordt tegengegaan. Zo moeten opleidings- en kwaliteitseisen vooraf vast staan, maar ook bijvoorbeeld de

972. Hier speelt het EU-beginsel van wederzijdse erkenning een belangrijke rol, zie bijv. *Gebhard*, r.o. 38; HvJ EG 7 mei 1991, C-340/89, ECLI:EU:C:1991:193 (*Vlassopoulou*).

973. Zie bijv. over taaleisen en kwaliteitseisen: COM(2010) 373 definitief, p. 10-11.

974. Ik besprak deze eis ook voor overheidsopdrachten in hoofdstuk 3, par. 3.2.3.1.

975. Zie *Falk Pharma*, r.o. 44.

tarieven voor het uitvoeren van de diensten en de (harde) uitvoeringsvoorwaarden en moeten zij door de gemeente zelf worden vastgesteld. Over deze toetredings- en uitvoeringsvoorwaarden mag dan ook niet (tussentijds) worden onderhandeld; dit is bijvoorbeeld van belang bij de toetsing van de niet-gereguleerde inkoopprocedures die in het sociaal domein worden gehanteerd (zie meer in paragraaf 7.4).

#### 5.4.5.5 *Geen beperkingen of quota aan het aantal dienstverrichters dat mag toetreden?*

In paragraaf 5.3 ben ik ingegaan op de vraag of het beperken van het aantal zorgaanbieders dat kan toetreden tot het openhousemodel – om redenen van beheersbaarheid van de contracten en om de kwaliteit van de uitvoering van sociale diensten voldoende te kunnen monitoren – leidt tot exclusieve selectie. Ik heb daar geconstateerd dat het toepassen van een hogere drempel om te bepalen of een zorgaanbieder geschikt is (dus een strenge toets op bekwaamheidseisen) geen exclusieve selectie is en dat een beperking door middel van loting in beginsel wel exclusieve selectie vormt. Wat loting betreft heb ik de vraag opgeworpen of dit anders is in het geval dat het doel blijft om een grote groep zorgaanbieders te contracteren en de loting niet is gericht op exclusieve selectie. Deze manieren om een beperking aan te brengen in het aantal zorgaanbieders moet echter worden getoetst aan het juridisch kader zoals hiervoor geschetst: bieden de regels die van toepassing zijn op een openhousemodel ruimte om op deze wijze beperkingen aan te brengen?

Met betrekking tot het ophogen van de toetredingsdrempel, geldt dat op basis van de vrijverkeersbepalingen en EU-beginselen elke toetredingsvoorwaarde gerechtvaardigd en proportioneel (geschikt, noodzakelijk en proportioneel in strikte zin) moet zijn. Dit betekent dus dat het stellen van hogere opleidingseisen aan zorgaanbieders of het vragen van meer of specifiekere referenties, alleen gerechtvaardigd kan zijn als de hogere eisen niet-discriminerend en proportioneel zijn. Hier kunnen problemen ontstaan. Dergelijke eisen kunnen namelijk discriminerend worden en ongelijke behandeling opleveren als een gemeente op de hoogte is van het feit welke zorgaanbieders wel en niet aan bepaalde voorwaarden kunnen voldoen en dus precies die eisen gaat stellen waaraan bepaalde zorgaanbieders wel (of niet) voldoen. Daarnaast kunnen deze eisen onder omstandigheden als disproportioneel worden aangemerkt. Immers, deze eisen zijn niet altijd noodzakelijk voor het kunnen uitvoeren van de sociale diensten – nodig zijn namelijk slechts de randvoorwaarden. Kan een gemeente echter aantonen dat bepaalde (strengere) toetredingseisen noodzakelijk zijn voor de goede uitvoering van sociale diensten, en dat zij geschikt zijn om dit doel te verwezenlijken, dan kunnen dergelijke toetredingseisen gerechtvaardigd zijn.

De vraag die hier echter rijst is of het doel om de contracten beheersbaar te houden, voldoende reden is om een hogere drempel te kunnen hanteren: moet een gemeente in dat geval dan niet eenvoudigweg voor een aanbestedingsprocedure kiezen op basis waarvan de beste inschrijvingen en dus de beste zorgaanbieders kunnen worden gekozen?

Wat betreft loting waarbij geen exclusieve selectie is beoogd, maar alleen erop ziet bij een te grote groep zorgaanbieders die wensen toe te treden tot het openhouse-

model het aantal binnen de perken te houden, moet allereerst worden herhaald dat de EC in *soft law* duidelijk heeft gemaakt dat aan dergelijke open stelsels geen beperkingen of quota mogen worden gesteld.<sup>976</sup> Bezien in het licht van het EU-recht dat op het openhousemodel van toepassing is, geldt echter dat ook voor een beperking van het aantal zorgaanbieders in het EU-recht een rechtvaardigingsgrond te vinden is, bijvoorbeeld in doelstellingen van sociaal beleid en/of het waarborgen van (de kwaliteit) van een dienst van algemeen belang. Als daadwerkelijk kan worden aangetoond dat een beperking in het aantal zorgaanbieders dergelijke belangen nastreeft, staat het EU-recht een dergelijke belemmering toe. De beperking moet echter ook geschikt en noodzakelijk zijn. Gemeenten kunnen het maximumaantal toetreders op grond daarvan niet naar eigen inzicht vaststellen, maar dit aantal moet proportioneel zijn en de beperking in het aantal moet noodzakelijk zijn. Dit aantal is bijvoorbeeld afhankelijk van de omvang van een gemeente of het soort sociale diensten. Daarbij moet het openhousemodel voldoende ‘open’ blijven voor een zo groot mogelijke groep zorgaanbieders.

Hier kunnen wel vragen rijzen naar de doelmatigheid van dergelijke keuzes, omdat bijvoorbeeld het risico bestaat dat bepaalde (grote) zorgaanbieders die nodig zijn om sociale diensten dekkend aan te kunnen bieden, buiten de boot kunnen vallen. Vervolgens kan het dan de vraag zijn of aan de wettelijke verplichting van de Wmo en Jeugdwet kan worden voldaan, die vereisen dat in een voldoende aanbod voor cliënten wordt voorzien. Zoals in paragraaf 5.3.3 is besproken, is tevens nog geen duidelijkheid gegeven door het HvJ EU of deze vorm van loting binnen een openhousemodel al dan niet als exclusieve selectie moet worden aangemerkt.

Kortom, wanneer een gemeente het aantal zorgaanbieders binnen een openhousemodel binnen de perken wenst te houden moet allereerst de vraag worden gesteld of dan niet beter voor een aanbestedingsprocedure kan worden gekozen om een (exclusieve) selectie te maken waarbij de beste inschrijvingen worden gekozen.

#### 5.4.6 **Vergelijkbare regels openhousemodel en overheidsopdracht voor sociale diensten**

De basisregels voor overheidsopdrachten voor sociale diensten en voor openhousestelsels verschillen in zekere zin niet zoveel van elkaar. Beide instrumenten moeten worden ingezet met inachtneming van het gelijkheids-, transparantie- en proportionaliteitsbeginsel. De beginselen werken alleen anders door bij een overheidsopdracht omdat daarbij een (exclusieve) selectie wordt gemaakt om voor één of meerder zorgaanbieders te kiezen. De beginselen zien er in dat geval op toe dat het selectieproces in lijn is met bovengenoemde beginselen. Bij een openhousemodel zien deze beginselen er echter ‘slechts’ op toe dat geen discriminerende of disproporzionele randvoorwaarden worden gesteld.<sup>977</sup>

In de Nederlandse rechtspraak is bovendien bepaald dat de Amvb reële prijs Wmo, die van toepassing is bij overheidsopdrachten voor sociale diensten, ook van toepassing is op een openhousemodel voor sociale diensten.<sup>978</sup> Op grond daarvan

976. Gids Europese Commissie, SWD(2013) 53 final/2, nr. 216, p. 113; zie ook punt 114 considerans bij Richtlijn 2014/24/EU.

977. Zie ook: CvAE 29 november 2019, Advies 507, onderdeel 7 (aanbeveling), onder 7.3 e.v.

978. HR 8 oktober 2021, ECLI:NL:HR:2021:1452; zie eerder o.a.: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 21 januari 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:437. Zie met name art. 5.4 AMVB reële prijs Wmo.



moeten de tarieven die zorgaanbieders voor het leveren van hun diensten ontvangen en die bij een openhousemodel vooraf door de gemeente moeten worden vastgesteld, ook bij toepassing van dit instrument reëel zijn.<sup>979</sup>

Regels die bij een overheidsopdracht van belang zijn om het non-discriminatie- en gelijkheidsbeginsel te waarborgen, zoals een beperkte mogelijkheid tot het herstellen van fouten of gebreken in de inschrijving of het verbod van een wezenlijke wijziging van de opdracht na sluiten van de contracten, zijn in een openhousemodel in beginsel niet nodig. Immers, iedereen mag toetreden en het is dan ook niet in strijd met het gelijkheidsbeginsel om bij een gebrek in de inschrijving een nieuwe inschrijving toe te staan.<sup>980</sup> Het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden heeft daarom bij een geweigerde zorgaanbieder bij een openhousemodel er terecht op gewezen dat hij nog steeds de mogelijkheid heeft om toe te treden, mits hij aan de toetredingsvereisten voldoet; dit is namelijk inherent aan een openhousemodel dat steeds openstaat voor nieuwe toetreders.<sup>981</sup> Een wezenlijke wijziging speelt (in beginsel) geen rol omdat er geen specifieke omvang van de opdracht door de overheidsinstantie hoeft te worden vastgesteld; de diensten worden geleverd op verzoek van de zorggebruikers tegen vooraf vastgestelde voorwaarden. Wanneer een cliënt bij dezelfde zorgaanbieder bijvoorbeeld nog extra zorg wenst te ontvangen, zal dat bij een openhousemodel geen problemen geven. Ook bij een openhousemodel kunnen echter de eisen en voorwaarden van de opdracht niet tussentijds worden gewijzigd; alle voorwaarden moeten vooraf door de aanbestedende dienst worden vastgesteld en zijn in die zin onveranderlijk om willekeur te voorkomen.

#### 5.4.7 Nationaal juridisch kader openhousemodel

##### 5.4.7.1 Wettelijk kader: *abbb*, privaatrecht en bevoegde rechter

Vervolgens moet worden gezien welke regels van nationaal recht van toepassing (kunnen) zijn op een openhousemodel. Dit is van belang voor een openhousemodel met duidelijk grensoverschrijdend belang, omdat naast de EU-regels aanvullend nationale regels van toepassing kunnen zijn. Daarnaast is dit van belang voor een openhousemodel zonder grensoverschrijdend belang.

Om het toepasselijke nationaalrechtelijke juridisch kader op een openhousemodel te kunnen bepalen, moeten de verschillende onderdelen van dit instrument juridisch worden ontleed. Daarbij geldt allereerst dat het besluit van een bestuursorgaan (hier: de organen van een gemeente) tot toelating van een zorgaanbieder tot een openhousemodel is aan te merken als een Awb-besluit. Op dit besluit zijn daarom de al dan niet gecodificeerde *abbb* van toepassing. Zo zijn onder meer van toepassing op het openhousemodel: het gelijkheidsbeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel, het evenredigheidsbeginsel, het vertrouwensbeginsel, het verbod van *détournement de*

979. Dit zal m.i. ook gelden voor jeugdzorg gezien de jurisprudentie voor een dergelijke verplichting bij overheidsopdrachten: Gerechtshof 's-Hertogenbosch 30 oktober 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:4534; Rb. Limburg (vzr.) 9 januari 2020, ECLI:NL:RBLIM:2020:120; Rb. Den Haag (vzr.) 22 oktober 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:11096; Rb. Noord-Holland (vzr.) 3 november 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:9242.

980. CvAE, Advies 507, onderdeel 7 (aanbeveling), onder 7.4 e.v.

981. Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 17 april 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:3605.

*pouvoir*’, het motiveringsbeginsel en het rechtszekerheidsbeginsel. Ook zijn dan van toepassing hoofdstuk 1, 2 en 3 en hoofdstuk 4 titel 1 van de Awb.

Daarnaast wordt bij toetreding tot het openhousemodel een overeenkomst gesloten. Dit onderdeel van het openhousemodel valt onder het privaatrecht. De bepalingen in het BW, in het bijzonder de bepalingen over de overeenkomst van opdracht neergelegd in art. 7:400 e.v. BW zullen daarop dan ook van toepassing zijn. Via de weg van art. 3:14 BW (en 3:1(2) Awb) zijn daarbij ook op deze overeenkomst de (geschreven en ongeschreven) *abbb* uit het bestuursrecht van toepassing. Verder kan bijvoorbeeld ook de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid van art. 6:248 lid 2 BW in geschillen over het openhousemodel worden toegepast. Door middel van deze maatstaven van redelijkheid en billijkheid kunnen bovendien de aanbestedingsbeginselen van gelijke behandeling, transparantie en proportionaliteit in het nationale recht doorwerken bijvoorbeeld op de toepassing van het openhousemodel.<sup>982</sup>

De bevoegde rechter om over geschillen over het toelatingsbesluit en de overeenkomst te oordelen, is de civiele rechter. Op grond van art. 8:3 lid 2 Awb vallen geschillen over besluiten ter voorbereiding van privaatrechtelijk handelen namelijk niet onder de bestuursrechter.

#### 5.4.7.2 *Nederlandse civiele rechter: abbb en redelijkheid en billijkheid*

In de Nederlandse rechtspraak is terug te zien dat de civiele rechter, mede op basis van wat partijen in die zaken stellen, vooral de *abbb* en ook in een enkel geval de redelijkheid en billijkheid, van toepassing verklaart op een openhousemodel. Interessant is daarbij dat de zaken waarin het openhousemodel aan de orde komt, zich voornamelijk afspelen in het sociaal domein. Het is met name in deze sector dat het openhousemodel steeds vaker wordt gebruikt. Zo overweegt de Rechtbank Den Haag – in een zaak waarbij door de samenwerkende H10-gemeenten (10 gemeenten in de regio Haaglanden) voor contracten voor (hoog)specialistische jeugdhulp expliciet is gekozen voor een ‘Open House’ en die draait om de vraag of gemeenten reële tarieven hadden gehanteerd – dat de H10-gemeenten bij het hanteren van een openhousemodel zijn gebonden aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, waartoe ook het proportionaliteitsbeginsel behoort.<sup>983</sup> Daarnaast sluit de rechter aan bij de opmerking van de H10-gemeenten, waarin zij stellen dat zij hebben gekozen voor de voor alle partijen minst belastende wijze van inkopen die tegelijk wel invulling geeft aan de beginselen van transparantie, objectiviteit, non-discriminatie en proportionaliteit.<sup>984</sup> In deze zaak komt de rechter tot de conclusie dat de H10-gemeenten onvoldoende aannemelijk hebben weten te maken dat zij in de aanmeldingsprocedure op proportionele wijze reële tarieven hebben vastgesteld die kostendekkend zijn en voldoen aan de eisen van de Jeugdwet.<sup>985</sup>

982. Zie hierover bijv.: Manunza, Meershoek & Senden 2020, p. 45.

983. Rb. Den Haag (vzr.) 22 oktober 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:11096, r.o. 5.10.

984. Idem.

985. Rb. Den Haag (vzr.) 22 oktober 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:11096, r.o. 5.36.

Ook in een zaak bij het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, waarin het geschil met name draait om de uitsluiting van eenmanszaak ZZZ-Zorgthuis in het kader van gebreken in de inschrijving, komt het juridisch kader van het openhousemodel aan de orde.<sup>986</sup> Zijdelings relevant is dat appellante in deze zaak als vennoot heeft deel uitgemaakt van Basic Trust Live (vof), een bedrijf waarbij door de Inspectie voor de Gezondheidszorg diverse gebreken bij het verlenen van zorg waren vastgesteld.<sup>987</sup> In deze zaak heeft de gemeente een ‘bestuurlijke aanbesteding’, ook wel ‘open house’ georganiseerd.<sup>988</sup> Zorgaanbieders die maatschappelijke ondersteuning boden in de zin van de Wmo 2015 mochten zich hiervoor aanmelden via het zogenoemde inkoopnetwerk Wmo. Het nog maar net opgerichte bedrijf ZZZ-Zorgthuis, appellante in deze zaak, meldt zich aan voor deelname aan het inkoopnetwerk. Tussen de gemeente en deze onderneming is vervolgens een Procesovereenkomst tot stand gekomen. De Procesovereenkomst bood toegang tot één of meer Deelovereenkomsten, op grond waarvan ZZZ-Zorgthuis aanspraak kon maken op het betaald leveren van zorg aan cliënten van de gemeente. Onder meer vanwege het niet melden van de gebreken van Basic Trust Live vastgesteld door de inspectie, en waarbij appellante betrokken was, zegt de gemeente de samenwerking met diens eenmanszaak ZZZ-Zorgthuis echter op.<sup>989</sup> Ook bij een nieuwe inkoopronde Wmo voor 2019 besluit de gemeente om ZZZ-Zorgthuis uit te sluiten. Reden daarvoor is dat aan appellantes inschrijving belangrijke gebreken kleven.<sup>990</sup>

In het kader van grief 4, richt appellante zich tegen het eerdere oordeel van de voorzieningenrechter die in eerste aanleg uit is gegaan van toepasselijkheid van de aanbestedingsrechtelijke beginselen van gelijkheid en transparantie als het gaat om de vraag of de gemeente appellante de gelegenheid had moeten bieden de bovengenoemde gebreken in haar aanmelding te herstellen.<sup>991</sup> In eerste aanleg staat namelijk niet ter discussie of sprake is van een aanbestedingsprocedure of een openhousesysteem; de rechter past hier het aanbestedingsrecht toe. In hoger beroep voert appellante aan dat het gaat om een ‘open house’ toelatingsprocedure, waarop de aanbestedingsrechtelijke beginselen niet van toepassing zijn, maar eerder de abbb op grond waarvan herstel van gebreken wel mogelijk zou zijn.<sup>992</sup>

Deze grief faalt volgens het gerechtshof. Met de gemeente – die erop wijst dat het gelijkheidsbeginsel als een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur ook in een openhouseprocedure moet worden toegepast en dat dit beginsel hier dan ook vereist dat alle zorgaanbieders die niet aan de gestelde eisen voldoen, moeten worden

986. Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 19 november 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:9917.

987. Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 19 november 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:9917, r.o. 3.1 e.v.

988. Zie in eerste aanleg: Rb. Gelderland (vzr.) 11 april 2019, ECLI:NL:RBGEL:2019:2525, r.o. 2.4.

989. Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 19 november 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:9917, r.o. 3.9. Door die melding (bewust) niet te doen heeft Zorgthuis volgens de gemeente gehandeld in strijd met de uitsluitingsgronden die zijn neergelegd in 3.3 (ernstige beroepsfout) en 3.5 (valse verklaring) van de bij aanmelding ingediende eigen verklaringen.

990. Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 19 november 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:9917, r.o. 3.10-3.11. Zo heeft appellante o.a. een verkeerd aanbestedingsdocument aangeleverd, namelijk dat van de gemeente Arnhem in plaats van de gemeente Ede, heeft zij bij haar aanmelding een uittreksel uit het handelsregister van de Kamer van Koophandel overgelegd dat eerder was afgegeven dan zes maanden voor de aanmelding en daarnaast een ‘Verklaring betalingsgedrag’ van de Belastingdienst Amsterdam ingediend, waar ook enkele gebreken aan kleven.

991. Zie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 19 november 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:9917, r.o. 5.10 en Rb. Gelderland (vzr.) 11 april 2019, ECLI:NL:RBGEL:2019:2525, r.o. 4.8.

992. Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 19 november 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:9917, r.o. 5.10.

uitgesloten – is het hof namelijk van oordeel dat het gelijkheidsbeginsel en het daarvan in een geval als dit onderdeel uitmakende transparantiebeginsel, zowel een beginsel is van het aanbestedingsrecht als een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur.<sup>993</sup> Daarom treft grief 4 volgens het gerechtshof ‘in zoverre geen doel, omdat de op zichzelf juiste stelling van appellante dat het aanbestedingsrecht hier niet van toepassing is, er niet toe leidt dat de gemeente deze beginselen niet zou hoeven toepassen’.<sup>994</sup>

Van belang is dat in deze zaak het gerechtshof oordeelt dat bij het openhousemodel dus vergelijkbare beginselen als in het aanbestedingsrecht kunnen gelden, namelijk via de abbb, die ertoe leiden dat als een uitsluitingsgrond is opgenomen in de aanbestedings- of toetredingsdocumenten – ook al ziet die grond op uitsluiting omdat er gebreken kleven aan de inschrijving – uitsluiting moet volgen. Deze overweging van de rechter verdient wel enige nuancering. Zoals ik verder zal bespreken in paragraaf 5.6, is het namelijk kenmerkend voor een open systeem, dat toetreding steeds mogelijk is, tenzij een beperkte toetredingstijd is vastgesteld.<sup>995</sup> In die zin zal een uitgesloten ondernemer, als hij bij een volgende aanmelding wel aan de vereisten voldoet, alsnog tot het systeem kunnen toetreden. De gegevens in deze zaken geven verder overigens geen duidelijkheid of het stelsel open stond voor tussentijdse toetreding.

De Rechtbank Amsterdam past in een zaak naast de abbb ook de redelijkheid en billijkheid toe.<sup>996</sup> Opvallend is bovendien dat de rechter ook het transparantiebeginsel uit het aanbestedingsrecht toepast. In deze zaak is door de gemeente voor de opdracht ‘Samenhangende Ondersteunings-profielen Wmo’ een Europese openbare aanbesteding gevolgd, maar voldoen de feitelijke kenmerken van de procedure aan een openhousemodel.<sup>997</sup> Z&P (Zorg & Plezier) dient een inschrijving in voor perceel 4a voor het verlenen van huishoudelijke hulp aan mensen met een beperking. Na een Advies van de CvAE over deze opdracht moeten inschrijvers hun inschrijving opnieuw indienen; Z&P doet dat echter niet en behoort dan ook niet tot de groep van veertien zorgaanbieders die een raamovereenkomst gegund krijgen. Z&P, die kennelijk nog wel wilde meedoen, dient daarom een verzoek in om tussentijds te mogen toetreden. De gemeente hanteert echter als voorwaarden voor tussentijdse toetreding dat de zorgaanbieder moet motiveren dat zijn toetreding bijdraagt aan de keuzevrijheid van cliënten en dat zijn aanbod van aanvullende en toegevoegde waarde is ten opzichte van het bestaande aanbod. Het toetredingsverzoek van Z&P wordt door de gemeente afgewezen met de volgende reden: met de gecontracteerde veertien zorgaanbieders is de gemeente van oordeel dat de keuzevrijheid van cliënten ruim voldoende is gewaarborgd en de bieding van Z&P is niet zodanig van aanvullende en toegevoegde waarde, gelet op wat de andere zorgaanbieders leveren en met het oog op een uitbreiding van de keuzevrijheid van cliënten.<sup>998</sup>

993. Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 19 november 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:9917, r.o. 5.11-5.12.

994. Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 19 november 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:9917, r.o. 5.12.

995. Zie ook: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 17 april 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:3605.

996. Rb. Amsterdam 17 oktober 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:7370.

997. Rb. Amsterdam 17 oktober 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:7370, r.o. 2.2.

998. Zie: Rb. Amsterdam 17 oktober 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:7370, r.o. 2.15 en 3.2.

In deze zaak overweegt de rechter onder meer dat partijen het met elkaar eens zijn, dat het hier niet gaat om een besluit in de zin van de Awb, maar om een besluit ter voorbereiding van een privaatrechtelijke rechtshandeling, althans om de beslissing van de gemeente om géén raamovereenkomst te sluiten met Z&P.<sup>999</sup> Vervolgens overweegt de rechter dat deze inkoopprocedure zo is opgezet dat geen selectie onder de belangstellende ondernemingen wordt gemaakt, die leidt tot exclusiviteit voor één of meer uitgekozen ondernemingen – er wordt daarbij verwezen naar het *Falk Pharma*-arrest.<sup>1000</sup> Op basis van het *Tirkkonen*-arrest overweegt de rechter vervolgens dat ook het feit dat er bij de tussentijdse toetreding voorwaarden worden gesteld, niet meebrengt dat sprake is van een ‘overheidsopdracht’, nu er geen ‘scherpe, althans concrete gunningscriteria zijn geformuleerd’.<sup>1001</sup> Volgens de rechtbank valt de inkoopprocedure dan ook buiten de werkingssfeer van Richtlijn 2004/18 en daarmee buiten de werkingssfeer van de Aw 2012.

Interessant met het oog op paragraaf 5.3 is dat de rechter hier dus het feit dat nadere toetredingseisen zijn gesteld bij tussentijdse toetreding, niet aanmerkt als een selectie als bedoeld met de aanbestedingsrichtlijnen. Ik kan mij vinden in deze vaststelling van de rechter, nu het stelsel wel gedurende een zekere beperkte toetredingstijd heeft opengestaan voor alle geïnteresseerden – vergelijkbaar als in *Tirkkonen*. Daarbij geldt echter wel dat deze eisen – ofwel op grond van de EU-eisen aan dergelijke stelsels dan wel op grond van de abbb – niet discriminerend mogen zijn. Ook hier moet de gelijke behandeling worden gewaarborgd.

De rechter overweegt vervolgens in deze zaak dat de gemeente op grond van het transparantiebeginsel gehouden is haar keuze (beslissing) naar behoren te motiveren.<sup>1002</sup> De rechtbank gaat er vervolgens toe over om de motivering van de gemeente in de afwijzingsbeslissing te toetsen en oordeelt dat bij beide toetredingsvoorwaarden geen sprake is van een ondeugdelijke en feitelijk gebrekkige motivering van de gemeente.<sup>1003</sup>

De vraag die hier gesteld kan worden is op basis waarvan de rechter het transparantiebeginsel toepast. Hij lijkt hierbij aan te sluiten bij de beginselen van het aanbestedingsrecht. Mogelijk ziet de rechter ruimte voor toepassing van dit aanbestedingsbeginsel op grond van de maatstaven van redelijkheid en billijkheid. Ten slotte past de rechter namelijk aan het einde van het vonnis de abbb en de maatstaven van redelijkheid en billijkheid toe. Hij besluit met de overweging dat uit het vorenstaande volgt dat de gemeente evenmin in strijd met algemene beginselen van behoorlijk bestuur (abbb) heeft gehandeld en ook niet met de maatstaven van redelijkheid en billijkheid, die de onderhavige (pre)contractuele verhouding mede beheersen.<sup>1004</sup> Hoewel er een aantal cliënten kunnen zijn die de voortzetting met Z&P op prijs zouden stellen vanwege de relatie met hun vertrouwde zorgverleners,

999. Rb. Amsterdam 17 oktober 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:7370, r.o. 4.3.

1000. Rb. Amsterdam 17 oktober 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:7370, r.o. 4.4.

1001. Idem.

1002. Idem. De Rb. verwijst daarbij naar een rechtszaak van het Gerechtshof Den Haag over een aanbesteding van gerechtsdeurwaardersdiensten; een zaak waar echter het aanbestedingsrecht wel gewoon van toepassing was: Gerechtshof Den Haag 19 december 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:3549.

1003. Rb. Amsterdam 17 oktober 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:7370, r.o. 4.5 en 4.7.

1004. Rb. Amsterdam 17 oktober 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:7370, r.o. 4.8.

brengt dat volgens de rechter niet mee dat de wijze waarop de gemeente de onderhavige procedure heeft ingericht, en waarop zij haar beslissing heeft gemotiveerd, niet aan de daaraan te stellen eisen voldoet.<sup>1005</sup>

#### 5.4.7.3 CvAE: *abbb*, redelijkheid/bilijkheid en afd. 1.2.1 Aanbestedingswet

Ook de CvAE heeft op toepasselijkheid van de *abbb* en de redelijkheid en billijkheid gewezen.<sup>1006</sup> Zij gaat hier echter niet dieper op in nu haar bevoegdheid is begrensd tot geschillen over de Aw 2012. De CvAE stelt in Advies 507, waarin zij ingaat op de regels voor een openhousemodel zonder duidelijk grensoverschrijdend belang<sup>1007</sup>, ook vast dat afdeling 1.2.1 Aw 2012 (beginselen en uitgangspunten bij aanbesteden) van toepassing is op een openhousemodel.<sup>1008</sup> Volgens de CvAE is deze afdeling namelijk van toepassing als een aanbestedende dienst het voornemen heeft een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel tot het verrichten van werken, leveringen of diensten te sluiten. Daarvan is volgens de CvAE ook sprake bij een openhousemodel. In dat kader stelt de CvAE vast dat een aanbestedende dienst op grond van art. 1.4 lid 1, sub a Aw 2012 op basis van objectieve criteria kan kiezen op welke wijze hij de overeenkomst tot stand kan brengen en in dit geval dus gekozen heeft voor een (open) toelatingsprocedure en niet voor een aanbestedingsprocedure. In deze afdeling is daarnaast ook het verbod op onnodig samenvoegen (clusterverbod) opgenomen en een bepaling over het beperken van de administratieve lasten.

Vervolgens vraagt de CvAE zich af of ook afdeling 1.2.3 Aw 2012 (uitgangspunten bij nationale aanbestedingen) van toepassing is. Hierin zijn de beginselen van gelijke behandeling, non-discriminatie, transparantie en proportionaliteit uitgewerkt voor nationale aanbestedingen. Daarover uit de CvAE dan haar twijfels. Zij twijfelt namelijk of het de bedoeling van de wetgever is geweest om afdeling 1.2.3 van toepassing te laten zijn op toelatingsprocedures zoals in dit geschil gehanteerd. De CvAE wijst er in dat verband op dat de Aw 2012 ruim voor het arrest *Falk Pharma* in werking is getreden en dat de wetgever destijds een bewuste keuze heeft gemaakt om in, onder meer, afdeling 1.2.3 regels te stellen voor bepaalde opdrachten buiten het toepassingsgebied van de Aanbestedingsrichtlijnen. Daarbij blijkt volgens de CvAE uit de parlementaire geschiedenis niet dat de wetgever – naast aanbestedingsprocedures – ook het oog heeft gehad op toelatingsprocedures als in dit geschil.<sup>1009</sup> De CvAE komt dan ook niet tot een grondverklaring van de klachtonderdelen, nu er over de toepasselijkheid van afdeling 1.2.3 geen duidelijke aanwijzingen van de wetgever zijn.<sup>1010</sup>

1005. Idem.

1006. CvAE 29 november 2019, Advies 507, onder 5.5.

1007. De CvAE neemt als uitgangspunt dat geen sprake is van een grensoverschrijdend belang omdat in deze zaak niet is gesteld dat daarvan sprake is en partijen zich hierover niet hebben uitgelaten.

1008. CvAE, Advies 507, onderdeel 5 (Beoordeling), onder 5.2.8 e.v. Overigens wordt hier niet de term openhousemodel gebruikt, maar gaat het om een Zeeuws Model dat voldoet aan de kenmerken van de open stelsels uit de arresten *Falk Pharma* en *Tirkkonen*.

1009. Dat is logisch volgens de CvAE als een dergelijke toelatingsprocedure na de arresten van *Falk Pharma* en *Tirkkonen* in Nederland pas 'gaandeweg' bekendheid heeft gekregen.

1010. CvAE, Advies 507, onderdeel 5 (Beoordeling), onder 5.3.

Naar mijn mening kunnen vraagtekens worden geplaatst bij deze redenering van de CvAE. Immers, eenzelfde redenering die de CvAE volgt voor afdeling 1.2.3, kan worden gevolgd voor afdeling 1.2.1. Ook voor de opstelling van die afdeling kan worden aangenomen dat de wetgever niet heeft gedacht aan andere procedures dan die vallen binnen de reikwijdte van de aanbestedingsrichtlijnen. Wel biedt de open formulering van afdeling 1.2.1, voldoende ruimte voor de wetgever om vanwege dit voortschrijdend inzicht, expliciet te maken dat deze afdeling ook van toepassing is op openhousestelsels.

## 5.5 LEEMTE IN NEDERLANDSE WETGEVING: VOORSTEL REGULERING OPENHOUSEMODEL

In de Nederlandse wetgeving zijn vooralsnog geen bepalingen opgenomen, waarin wordt geregeld welke regels op het openhousemodel van toepassing zijn. Dit geldt voor zowel het openhousemodel met, als zonder duidelijk grensoverschrijdend belang. De vraag die zich in de praktijk dan ook steeds vaker opwerpt, is welke regels op een dergelijk stelsel van toepassing zijn.<sup>1011</sup> Van belang in dat kader is dat de CvAE in voornoemd Advies 507 aansluitend de gelegenheid te baat heeft genomen om een aanbeveling te doen aan de Nederlandse wetgever om de wet aan te vullen met een duidelijker juridisch kader voor openhousestelsels.<sup>1012</sup> Net als de CvAE ben ik van mening dat dit de inkoop- en rechtspraktijk de nodige duidelijkheid zal geven over het juridisch kader dat van toepassing is op een openhousemodel. De CvAE geeft de wetgever daarbij twee opties in overweging. De eerste is om – gelet op de bijzondere aard en context van dergelijke toelatingsprocedures als het openhousemodel – expliciet te regelen dat dergelijke procedures buiten de werkingssfeer van de Aw 2012 vallen. Vervolgens zou de wetgever in een afzonderlijke regeling voor dergelijke open toetredingsstelsels kunnen voorzien, waarbij de algemene beginselen van behoorlijk bestuur als uitgangspunt voor die regeling worden gehanteerd.<sup>1013</sup> Deze optie heeft volgens de CvAE de voorkeur, nu deze optie de inkoop- en rechtspraktijk meer duidelijkheid zal bieden.<sup>1014</sup> Een andere optie is volgens de CvAE dat in de Aw 2012 expliciet wordt bepaald dat deze toelatingsprocedures binnen de werkingssfeer van de Aw 2012 vallen, waarbij duidelijk wordt gemaakt hoe de beginselen en bepalingen van die wet dan dienen te worden toegepast gelet op de bijzondere aard en context van de toelatingsprocedure.<sup>1015</sup>

Om een afgewogen keuze voor een van deze mogelijkheden te maken of voor een andere optie te kiezen, zijn een aantal overwegingen van belang. Allereerst kan men de vraag opwerpen op welke plaats het openhousemodel moet worden gere-

1011. Zie het toenemende aantal rechtszaken daarover, o.a. Rb. Zeeland-West-Brabant (vzr.) 13 november 2017, ECLI:NL:RBZWB:2017:7312; Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 17 april 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:3605; Rb. Amsterdam 17 oktober 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:7370; Gerechtshof 's-Hertogenbosch 30 oktober 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:4534; Rb. Den Haag (vzr.) 22 oktober 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:11096; Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 19 november 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:9917; Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 22 december 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:10729; Rb. Gelderland (vzr.) 17 december 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:6810.

1012. CvAE 29 november 2019, Advies 507, onderdeel 7 (aanbeveling).

1013. CvAE, Advies 507, onderdeel 7 (aanbeveling), onder 7.6.

1014. CvAE, Advies 507, onderdeel 7 (aanbeveling), onder 7.8.

1015. CvAE, Advies 507, onderdeel 7 (aanbeveling), onder 7.7.

geld: in het privaatrecht of in het bestuursrecht. Het openhousemodel is juridisch namelijk een constructie die naar Nederlands recht zowel bestuursrechtelijke als privaatrechtelijke elementen omvat. Een openhousemodel heeft immers het sluiten van contracten ten doel, maar het besluit van een bestuursorgaan om een zorgaanbieder toe te laten tot een openhousemodel is aan te merken als een Awb-besluit. Ik ben van mening dat het privaatrecht de meest geschikte plaats is om het openhousemodel te reguleren.<sup>1016</sup> Uiteindelijk is het openhousemodel namelijk een instrument dat erop gericht is om contracten te sluiten en de uitvoering van taken zeker te stellen. Het bestuursrecht ziet daarentegen ‘slechts’ op besluiten.<sup>1017</sup> Daarbij zijn besluiten ter voorbereiding van privaatrechtelijk handelen, zoals de beslissing tot het al dan niet toelaten tot het openhousemodel, op grond van art. 8:3 lid 2 van de rechtsmacht van de bestuursrechter uitgezonderd.<sup>1018</sup> Het openhousemodel lijkt dan ook duidelijk het terrein van het privaatrecht en de civiele rechter. Ten slotte geldt in verband met de scheidslijnen tussen rechtsinstrumenten dat de civiele rechter beter toezicht zal kunnen uitoefenen op het onderscheid tussen de overheidsopdracht en het openhousemodel als beide onder zijn rechtsmacht vallen. Een expliciete regeling voor het openhousemodel waarin de voorwaarden zijn opgenomen waaraan een dergelijk stelsel moet voldoen, zal de civiele rechter daarbij meer houvast kunnen geven bij de beoordeling van deze geschillen.

Vervolgens kan worden onderzocht waar deze regels in het privaatrecht kunnen worden neergelegd. Mogelijkheden zijn de Aw 2012, een aparte wet of het BW. Aanvullend – en daar zou ik in ieder geval voor pleiten – zou dit instrument, samen met de andere rechtsinstrumenten, kunnen worden opgenomen in de Aanwijzingen voor de regelgeving.

Anders dan de CvAE ben ik niet van mening dat het opnemen van het openhousemodel in een aparte regeling de praktijk meer duidelijkheid zal bieden dan het opnemen daarvan in de Aw 2012. Er bestaat namelijk al een wirwar aan regelingen en het zou juist duidelijkheid kunnen scheppen als het openhousemodel in de Aw 2012 wordt ondergebracht. Daarnaast pleit voor opneming in de Aw 2012 ook dat vergelijkbare beginselen als bij het gunnen van overheidsopdrachten een rol kunnen spelen. Dat neemt niet weg dat de Aw 2012 op een geheel ander instrument ziet dan het openhousemodel en de beginselen daarbij een andere invulling krijgen. Daarom moet daar wel een aparte afdeling voor worden gecreëerd, waaruit het onderscheid duidelijk blijkt. Mogelijk zal dan ook kunnen worden voorzien in een bredere benaming van de Aanbestedingswet 2012.

1016. Dit zou pas anders zijn als administratieve contracten, net als in sommige andere lidstaten, in het Nederlandse bestuursrecht zouden worden geregeld; daartoe zijn in de literatuur wel (gedeeltelijke) voorstellen gedaan, bijv. ten aanzien van de concessie zie: Nijhof 2000.

1017. Hier verdient wel opmerking dat in de literatuur discussie wordt gevoerd of de reikwijdte van het bestuursrecht moet worden uitgebreid omdat het zogenoemde besluitenbestuursrecht niet voldoende zou zijn om de burger te beschermen, zie o.a.: Van Ommeren & Huisman e.a. 2013; Van den Brink & Den Ouden 2019, p. 222-223.

1018. Zie over de discussie of dit een besluit is in de zin van art. 1:3 Awb, o.a.: Schlössels, *Rechtsgeleerd Magazijn Themis* 2013, p. 254-256; Kortmann, *Rechtsgeleerd Magazijn Themis* 2013, p. 256-257. Zie rechtspraak: ABRvS 7 november 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY2493, JB 2012, 282, m.nt. R.J.N. Schlössels; ABRvS 12 juni 2013, ECLI:NL:RVS:2013:CA2887, AB 2013, 250, m.nt. J.A.F. Peters.



*Inhoud wettelijke regeling*

Wat betreft de inhoud van de regeling zouden zowel de regels voor een openhousemodel met als zonder een duidelijk grensoverschrijdend belang moeten worden neergelegd, met name:

- De EU-beginselen (non-discriminatie, gelijke behandeling, transparantie en proportionaliteit) en de nationale regels en beginselen die op een openhousemodel van toepassing zijn;
- De toepassing van deze beginselen bij de toetredingseisen: het moet gaan om niet-discriminerende en objectieve eisen, die proportioneel zijn. Van belang is bij een openhousemodel dat zoveel mogelijk (geschikte) aanbieders kunnen toetreden;
- Dat alle (toetredings)eisen en voorwaarden vooraf door de aanbestedende dienst moeten worden vastgesteld en tussentijds niet kunnen worden gewijzigd;
- Welke (soort) toetredingseisen kunnen worden gesteld. Daarbij kan worden bezien in hoeverre die regeling verschillend moet zijn van de regeling over geschiktheidseisen (en uitsluitingsgronden) in de Aw 2012 (afdeling 2.3.5). Geschiktheidseisen zien in die regeling enkel op de financiële en economische draagkracht (a), technische bekwaamheid en beroepsbekwaamheid (b) en beroepsbevoegdheid (c);<sup>1019</sup>
- Welke toetredingstermijnen kunnen worden gehanteerd als het openhousemodel een beperkte toetredingstijd heeft;
- Regels over de bekendmaking van een openhousemodel (met en zonder duidelijk grensoverschrijdend belang). Bijvoorbeeld een verplichte publicatie op TenderNed bij een openhousemodel met duidelijk grensoverschrijdend belang;
- Een nationaalrechtelijke transparantieverplichting voor een openhousemodel zonder duidelijk grensoverschrijdend belang.<sup>1020</sup> Het doel van een openhousemodel is open te staan voor alle geïnteresseerde ondernemers. Een zekere mate van transparantie bij een openhousemodel zonder grensoverschrijdend belang, is dan ook van belang om het gelijkheidsbeginsel in acht te kunnen nemen. Daarbij gelden echter minder strenge voorwaarden dan voor een openhousemodel dat een grensoverschrijdend belang heeft.<sup>1021</sup> Zo zal een publicatie op de gemeentelijke website reeds voldoende kunnen zijn, mits de procedure daarop duidelijk vindbaar is;
- Regels over de looptijd van het openhousemodel;
- Voor een regeling over het herstel van fouten (waarvoor bij een openhousemodel meer ruimte is), kan worden aangesloten bij art. 4:5 Awb;
- Klachtenregeling: een regeling op grond waarvan een afgewezen belanghebbende een klacht kan indienen bij de bevoegde instantie(s). Dit betreft in ieder geval de civiele rechter (paragraaf 5.4.7.1). Tevens zou het goed zijn als wordt voorzien in een laagdrempeligere klachtenregeling. Op dit moment is de CvAE

1019. Uitgewerkt in art. 2.90 e.v. Aw 2012.

1020. Zie over een transparantieverplichting voor het nationale bestuursrecht meer uitgebreid: Conclusie A-G Widdershoven van 25 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1421; zie verder: Prechal & De Leeuw, *Review of European Administrative Law* 2007, p. 51-62; Prechal, *SEW* 2008/145, p. 316-322; Buijze & Widdershoven 2010, p. 589-609; Buijze 2013; Drahmans 2015.

1021. Volgens de Conclusie van Widdershoven (punt 6.14) in de context van schaarse vergunningen, gaat het naar nationaal recht om een 'passende mate van openbaarheid', dat omvat o.m.: tijdigheid, de bekendmaking en de formulering van de beschikbare rechten, de (verdelings)procedure en de toe te passen criteria.

niet bevoegd advies te geven over kwesties die buiten de werkingssfeer van de Aanbestedingswet 2012 vallen; haar bevoegdheid verruimen tot geschillen over het openhousemodel zou echter wel aanbeveling verdienen.

#### 5.6 **ONNODIG TOEPASSEN AANBESTEDINGSREGELS BIJ OPENHOUSEMODEL: SPANNING TUSSEN HET PROPORTIONALITEITSBEGINSEL EN HET GELIJKHEIDSEN TRANSPARANTIEBEGINSEL**

Hoewel soms duidelijk sprake is van een stelsel dat voldoet aan de kenmerken van een openhousemodel waarop het aanbestedingsrecht niet van toepassing is, passen gemeenten daarop toch nog regelmatig – bewust of onbewust – het aanbestedingsrecht toe. Aangezien er steeds meer bekendheid is gekomen over het feit dat het aanbestedingsrecht niet van toepassing is, kan wel worden verwacht dat dit steeds minder van toepassing zal worden verklaard op een openhousemodel. Een interessante vraag is hoe problematisch het is als bij een openhousemodel toch het aanbestedingsrecht wordt toegepast.

Daarover het volgende. Allereerst kan dat problematisch zijn omdat in naam een procedure wordt gevolgd die gericht is op competitie tussen verschillende geïnteresseerden om daaruit de beste te selecteren, terwijl feitelijk iets anders wordt gedaan. Dit is op zijn minst vreemd en onnodig. Daarnaast is dit met name problematisch als de regels die worden toegepast in strijd komen met het proportionaliteitsbeginsel. Toepassing van het aanbestedingsrecht op een openhousemodel kan er namelijk toe leiden dat meer eisen aan zorgaanbieders worden gesteld dan nodig is – dit is uiteraard afhankelijk van hoe de gemeente de procedure voor sociale diensten inricht – en daarnaast dat hen op grond van het aanbestedingsrecht bepaalde procedurerechten worden ontzegd.

Zoals ook door de CvAE is uitgelegd en hiervoor reeds kort genoemd, zijn er namelijk momenten, bijvoorbeeld als het gaat om het bieden van herstel van fouten, dat de beginselen die bij een aanbestedingsprocedure zien op de eerlijke mededinging ter verkrijging van exclusieve contracten bij het openhousemodel minder verstrekkend of in het geheel niet hoeven toegepast, omdat met elke geïnteresseerde ondernemer die aan randvoorwaarden voldoet een overeenkomst wordt gesloten.<sup>1022</sup> Het is bijvoorbeeld in een openhousemodel niet noodzakelijk om een inschrijver van toetreding uit te sluiten zonder de mogelijkheid te geven tot herstel van fouten. Anders dan in het aanbestedingsrecht heeft dit hier namelijk geen gevolgen voor de gelijke behandeling met andere geïnteresseerden voor het contract.

De vraag die hier dan ook gesteld kan worden is of de aanbestedingsregels voor het herstellen of verbeteren van een inschrijving, of bijvoorbeeld regels met betrekking tot het hanteren van bepaalde termijnen, de duur van de overeenkomst, of tijdigheid van klachten (het *Grossmann*-verweer), ook mogen worden toegepast op een openhousemodel. Naar analogie van vergunningstelsels kan worden gesteld dat bijvoorbeeld de weigering om een inschrijving door een ondernemer te laten verbeteren

1022. Zie: CvAE, Advies 507, onderdeel 7 (aanbeveling), onder 7.1.

een mogelijke belemmering van het vrij verkeer is, die niet proportioneel is omdat die niet noodzakelijk is om het beoogde doel, de gelijke behandeling van alle ondernemers, te verzekeren.

Het toepassen van het aanbestedingsrecht op het openhousemodel kan leiden tot een spanning tussen het gelijkheids- en transparantiebeginsel enerzijds, en het proportionaliteitsbeginsel anderzijds. Wanneer het aanbestedingsrecht van toepassing is verklaard op een openhousemodel, vereisen het gelijkheids- en transparantie dat dit recht (in beginsel) wordt nageleefd. Er zijn namelijk mogelijk ondernemingen geweest die hebben besloten niet in te schrijven op de aanbesteding, terwijl zij dat wel hadden gedaan als zij bekend waren met het feit dat het een open systeem betreft, waarbij minder strikte regels gelden met betrekking tot de procedure.<sup>1023</sup> Op het moment dat zij alsnog kunnen toetreden omdat het systeem blijvend openstaat is er daarbij geen probleem, maar als er een beperkte toetredingstijd is gesteld dan wordt dat problematisch. Tegelijkertijd geldt dat het onnodig toepassen van het aanbestedingsrecht in strijd kan zijn met het proportionaliteitsbeginsel, aangezien herstel van fouten binnen een openhousemodel niet op bezwaren stuit ten opzichte van de overige toetredende geïnteresseerden. Interessant is dat na het *Tirkkonen*-arrest, de hoogste Finse administratieve rechtbank oordeelde dat het agentschap een nieuwe beslissing moet nemen – met andere woorden: dat Ms Tirkkonen haar inschrijving mag completeren, waarna zij wel toegelaten dient te worden tot het systeem.<sup>1024</sup> In deze situatie wordt in Finland dus kennelijk aan het proportionaliteitsbeginsel voorrang gegeven.

## 5.7 KIEZEN VOOR EEN OPENHOUSEMODEL: VOOR-/NADELEN OP DE GOEDE ORGANISATIE VAN ZORG

Met het oog op de in dit hoofdstuk besproken kenmerken en vereisten van een openhousemodel, kunnen in verband met de ‘goede’ organisatie van zorg – de betaalbaarheid, toegankelijkheid (keuzevrijheid), kwaliteit en het tegengaan van zorgfraude – een aantal dingen worden opgemerkt.<sup>1025</sup>

Allereerst kan worden vastgesteld dat het openhousemodel een instrument is dat een ruime toetreding faciliteert van zorgaanbieders die aan randvoorwaarden voldoen. Daarmee ontstaat voor zorgaanbieders die deze activiteit willen uitoefenen volop ruimte op de markt en wordt tevens voor de cliënt in een ruime mate van keuzevrijheid voorzien. Toegankelijkheid tot zorg van eigen voorkeur wordt daarmee bevorderd. Daarbij is evenwel de kanttekening op zijn plaats dat dit voor zorgaanbieders ook nadelig kan zijn, aangezien veel onduidelijkheid kan bestaan over het te verwachten aantal cliënten dat zich tot deze zorgaanbieder zal wenden. Verder biedt een openhousemodel waarbij toetreding blijvend mogelijk is, ruimte

1023. Deze situatie lijkt in die zin overigens ook enigszins op de situatie als in het *Connexion Taxi Services*-arrest (HvJ EU 14 december 2016, zaak C-171/15, ECLI:EU:C:2016:948), waar een dergelijke spanning ook naar voren kwam maar dan bij de toepassing van de uitsluitingsgronden. Zie hierover Bouwman, *NtEr* 2017; zie ook annotatie Jansen, *NJB* 2018/206; Fischer-Braams, *JAAN* 2017/2 en verder: Fimerius & Goedegebure, *TAAN* 2017/40.

1024. Supreme Administrative Court (SAC), 21 juni 2018, ECLI:FI:KHO:2018:91 (*Tirkkonen*). Zie hierover kort: Kuusniemi-Laine 2018.

1025. Zie over de keuze van deze vier aspecten ten aanzien van goede zorg uitgebreid in par. 1.4.2.

voor flexibiliteit: tussentijds kunnen immers blijvend zorgaanbieders toetreden en er is in dat geval ook ruimte voor fouterstel bij fouten in de aanmelding.

Inherent aan deze ruime toetredingsmogelijkheden is vervolgens dat het niet de overheid is die keuzes maakt voor één of een aantal goede zorgaanbieders die de zorg voor cliënten gaan uitvoeren, maar dat dit aan de cliënt wordt overgelaten. De gemeente stelt wel randvoorwaarden, maar selecteert, dan wel stuurt niet op de beste kwaliteit. De vraag die hier dan ook met het oog op de kwaliteit van de diensten gesteld kan worden is wie deze keuze het beste kan maken: de cliënt of de gemeente? Dit zou aan nader onderzoek kunnen worden onderworpen omdat voor beide kanten argumenten zijn aan te voeren. Zo kan verdedigd worden dat het gaat om diensten voor de cliënt, zodat hij de meest logische persoon is die bepaalt welke zorgaanbieder in zijn geval het beste is. Tegelijkertijd kan de stelling worden verdedigd dat (een bepaalde groep) cliënten de keuzes niet kunnen overzien en niet in staat zijn de beste zorgaanbieder te kiezen.

Bij een openhousemodel worden wel randvoorwaarden gesteld om ervoor te zorgen dat zorgaanbieders aan de noodzakelijke eisen voor de goede uitvoering van zorg voldoen. In die zin kan dus wel enigszins worden gestuurd op het enkel selecteren van voldoende bekwame zorgaanbieders. Verder geldt dat bij een openhousemodel, met het oog op de kwalitatief goede uitvoering van de diensten, veel aandacht zal moeten worden besteed aan het monitoren van de contracten; er kunnen namelijk heel veel zorgaanbieders toetreden en het vereist dan ook veel capaciteit om deze contracten op kwaliteit te monitoren.

Bij een openhousemodel kan – vanwege zijn open karakter – meer ruimte ontstaan voor frauderende zorgaanbieders. Er kunnen immers eenvoudigweg meer aanbieders toetreden en er worden slechts randvoorwaarden gesteld. Verder is het minder eenvoudig om al deze zorgaanbieders te monitoren op kwaliteit.

Een gemeente zal dan ook meer moeten inzetten op het monitoren van kwaliteit om op die wijze onvoldoende presterende zorgaanbieders in het vizier te krijgen – en mogelijk van het openhousemodel uitsluiten als zij niet aan de op dit punt gestelde contractvoorwaarden voldoen. Daarbij verdient opmerking dat de Wet Bibob gezien zijn toepassingsbereik (nog) niet van toepassing is op een openhousemodel, maar slechts op een vergunning, subsidie en overheidsopdracht.<sup>1026</sup> Er is wel een amendement aangenomen bij een wetsvoorstel tot wijziging van de Wet Bibob, om specifiek sociale diensten die door middel van een openhousemodel worden gegund ook onder het toepassingsbereik van deze wet te brengen.<sup>1027</sup> Bij aanneming van dit wetsvoorstel kan dit bestuursrechtelijk instrument ook worden ingezet bij een openhousemodel om ernstige fraude met zorggeld tegen te gaan.

Wat betreft de betaalbaarheid, valt op dat bij een openhousemodel vaste tarieven moeten worden gehanteerd die door de gemeente vooraf zijn vastgesteld. Er vindt

1026. Zie over de Wet Bibob: par. 1.2.3 en 1.4.2. Gezien de begripsomschrijvingen vallen contracten toegekend door middel van een openhousemodel daar nog niet onder.

1027. Amendement van de leden Palland en Bikker van 24 maart 2022, zie: *Kamerstukken II 2021/22*, 35764, nr. 9 (Wijziging van de Wet bevordering integriteitsbeoordelingen door het openbaar bestuur in verband met informatiedeling tussen bestuursorganen en rechtspersonen met een overheidstaak en enige overige wijzigingen).

dus geen competitie op prijs plaats. Met het oog op krimpende budgetten moet hier dan ook worden overwogen dat bij het hanteren van dit instrument dus niet de beste prijs/kwaliteitverhouding voor de diensten uit de markt kan worden uitgevraagd – of dit bij sociale diensten gezien de maatregelen rondom reële tarieven is op te vatten als een nadeel, laat ik overigens ter beoordeling van gemeenten.

Als het gaat om administratieve lasten geldt dat het gebruik van een openhousemodel (aan de voorkant) relatief eenvoudiger kan zijn dan een aanbestedingsprocedure. Bij een grote groep zorgaanbieders kan (aan de achterkant) echter het monitoren van de zorgaanbieders wel tot administratieve lasten leiden.

Rest ten slotte nog een belangrijke opmerking. De voor- en nadelen van een openhousemodel kunnen zich namelijk in meer of mindere mate manifesteren, afhankelijk van het soort diensten, de omvang van de markt en het aantal cliënten dat een beroep zal doen op die zorg. Zo zullen de bovengenoemde gevolgen van een potentieel (te) grote groep zorgaanbieders (met gevolgen voor bijvoorbeeld de kwaliteit), minder snel optreden als het aanbod goed aansluit op de vraag; hier kan bijvoorbeeld worden gedacht aan het contracteren van de gecertificeerde instellingen (GI's), waarbij deze effecten mogelijk in mindere mate zullen optreden. Tegelijk geldt dat het openhousemodel weer minder geschikt kan zijn als bij de te organiseren sociale diensten per zorgaanbieder een zeker aantal cliënten nodig is om ofwel een voorziening in stand te houden, ofwel een voorziening op te zetten en door te ontwikkelen. Simpel gezegd: als een (samenwerking van) gemeenten weet dat een zorgaanbieder ten minste 100 cliënten nodig heeft om een voorziening rendabel te exploiteren, en er 200 cliënten zijn voor de voorziening in die regio, dan wordt aangeraden (maximaal) twee aanbieders te contracteren.<sup>1028</sup>

## 5.8 CONCLUDEREND: HET OPENHOUSEMODEL ALS ALTERNATIEVE KEUZEOPTIE VOOR HET ORGANISEREN SOCIALE DIENSTEN

Naast de overheidsopdracht kunnen gemeenten ook kiezen voor een openhousemodel om sociale diensten te organiseren. Kenmerkend voor dit instrument is dat met alle geïnteresseerde zorgaanbieders die aan vooraf vastgestelde randvoorwaarden voldoen een contract wordt gesloten en vervolgens de cliënten voor een van de gecontracteerde zorgaanbieders mogen kiezen. Aangezien bij deze contracten geen exclusieve selectie plaatsvindt – maar alleen een toets aan randvoorwaarden: iedereen die voldoet mag toetreden – is geen sprake van een overheidsopdracht in de zin van de aanbestedingsrichtlijnen.

Wat betreft de regels die op het openhousemodel van toepassing zijn, heeft het HvJ EU in *Falk Pharma* geoordeeld dat op een openhousemodel met een duidelijk grensoverschrijdend belang ook de fundamentele regels uit het VWEU en met name de beginselen van non-discriminatie, gelijke behandeling en transparantie van toepassing zijn. Geplaatst binnen die EU-regelgeving bleek in dit hoofdstuk dat een openhousemodel met duidelijk grensoverschrijdend belang namelijk op een verge-

1028. Zie hierover bijvoorbeeld in: “Zet Open House niet bij het oud vuil”, Binnenlands Bestuur 16 september 2019.

lijkbare wijze raakt aan de regels van het vrij verkeer als vergunningstelsels. De binnen het openhousemodel gestelde voorwaarden voor de toetreding mogen daarom geen ongerechtvaardigde beperking van het vrij verkeer opleveren. Dit betekent vooral dat de randvoorwaarden voor toetreding tot het stelsel, zoals opleidings-, kwaliteits- of taaleisen, geschikt en noodzakelijk moeten zijn voor het te bereiken doel. Dit doel zal bij sociale diensten het organiseren van sociale diensten van goede kwaliteit kunnen zijn. Dit betekent in beginsel dat alleen die voorwaarden voor toetreding kunnen worden gesteld die noodzakelijk zijn om dat doel te bereiken; de minimumrandvoorwaarden dus.

Daarnaast geldt dat het openhousemodel moet voldoen aan het non-discriminatie, gelijkheids- en transparantiebeginsel. De toetredingseisen bij het openhousemodel moeten dan ook objectief en non-discriminatoire zijn. Verder moeten de voorwaarden en de toetredingseisen door de gemeente vooraf worden vastgesteld en vooraf kenbaar zijn voor mogelijk geïnteresseerde ondernemingen. Op basis van deze voorwaarden kan namelijk ongelijke behandeling en willekeur bij het openhousemodel worden voorkomen.

Naar nationaal recht zijn op een openhousemodel zowel de bepalingen over besluiten uit de Awb en de abbb van toepassing wat betreft de toetredingsvereisten en daarnaast de bepalingen uit het privaatrecht wat betreft de contracten. Gezien de onduidelijkheid die op dit moment in de Nederlandse inkoop- en rechtspraktijk bestaat over de toepasselijke regels, heb ik een voorstel gedaan om een regeling voor het openhousemodel op te nemen, bij voorkeur in de Aw 2012, waarbij duidelijk wordt gemaakt welke regels op het openhousemodel van toepassing zijn.

Een keuze voor het openhousemodel betekent ten slotte voor de organisatie van goede zorg dat gemeenten een meer terughoudende rol aannemen, aangezien slechts randvoorwaarden voor toetreding worden gesteld en het vooral aan cliënten en betrokkenen wordt overgelaten om voor de toegetreden zorgaanbieders te kiezen. Bij een openhousemodel wordt enerzijds een ruime mate van keuzevrijheid om een zorgaanbieder te kiezen van eigen voorkeur voor cliënten bewerkstelligd (toegankelijkheid) en kan anderzijds alleen tot op zekere hoogte – namelijk alleen door middel van randvoorwaarden – worden gestuurd in de kwaliteit van de diensten of om onbetrouwbare zorgaanbieders te weren (kwaliteit). Het openhousemodel is immers niet gericht op het selecteren van de beste inschrijvingen, bijvoorbeeld op basis van prijs en kwaliteit of alleen kwaliteit. Het openhousemodel gaat daarnaast uit van vaste tarieven, zonder concurrentie, wat mogelijk de betaalbaarheid van de diensten kan beïnvloeden.

## Hoofdstuk 6

# De concessieopdracht: onbewuste praktijk of potentieel toekomstscenario in het sociaal domein?

### 6.1 INLEIDING

Stel: een gemeente besluit voor het uitvoeren van de totale opgave van jeugdzorg en Wmo slechts één zorgaanbieder, de zogenoemde hoofdaannemer, te contracteren. Deze hoofdaannemer mag vervolgens zelf contracten sluiten met andere zorgaanbieders, de onderaannemers, waarbij hij werkzaamheden die hij zelf niet kan leveren, uitbesteed aan deze zorgaanbieders. De gemeente heeft daarbij de risico's van vraag en aanbod overgedragen aan deze hoofdaannemer: de gecontracteerde zorgaanbieder is verantwoordelijk voor het zorgen voor een voldoende passend aanbod aan Wmo- en jeugdzorg voor alle cliënten in de betreffende gemeente. Afgestemd op de budgetten die de gemeente voor deze zorg vanuit het Rijk krijgt toegekend, is vooraf bepaald met welk maximumbudget de zorgaanbieder de zorg moet regelen. De gedachte daarbij is onder meer dat deze hoofdaannemer sociale diensten effectief en efficiënt kan organiseren, nu alle sociale diensten onder zijn verantwoordelijkheid zijn gebracht. Om deze hoofdaannemer te contracteren heeft de gemeente een aanbestedingsprocedure overeenkomstig Richtlijn 2014/24/EU voor het gunnen van een overheidsopdracht gevolgd.

Van welk rechtsinstrument is hier echter daadwerkelijk sprake? Een dergelijke constructie gaat namelijk kenmerken vertonen van een concessieopdracht in de zin van concessierichtlijn 2014/23/EU: een ander rechtsinstrument met een ander doel en een ander rechtsregime.

Gezien de cijfers uit de Monitor gemeentelijke zorginkoop wordt de concessieopdracht door gemeenten vooralsnog niet gekozen om sociale diensten te organiseren.<sup>1029</sup> Overigens is de concessieopdracht ook in andere sectoren in Nederland in zijn algemeenheid tamelijk onbekend.<sup>1030</sup> In dit hoofdstuk wordt dan ook ingezoomd op dit rechtsinstrument en vanwege de verwarring over de instrumenten bezien wat de scheidslijnen van de concessieopdracht met de overheidsopdracht en met andere instrumenten zijn. Daarbij wordt ook ingegaan op de vraag of de concessieopdracht, gezien haar karakteristieken, in Nederland ook een passend rechtsinstrument kan zijn om sociale diensten te organiseren. Voorafgaand verdient reeds opmerking dat de relevantie van het onderscheiden tussen een overheids- en een concessieopdracht voor sociale diensten wel enigszins beperkt is, nu op grond van art. 19 van de concessierichtlijn een vergelijkbare regeling voor sociale diensten geldt als onder het verlichte regime van art. 74 e.v. van Richtlijn 2014/24/EU. Een belangrijk verschil is echter dat in de concessierichtlijn een veel hogere toepassings-

1029. Uenk & Wind 2020; zie ook Uenk, Wind & Telgen 2019; Uenk e.a. 2018.

1030. Zie in het algemeen daarover: Kuypers & De Wit, TBR 2018/72, p. 491.

drempel is vastgesteld.<sup>1031</sup> Diensten die worden uitbesteed door voor een concessieopdracht te kiezen, zullen dan ook minder snel de drempel bereiken en daarom niet aan een Europese aanbestedingsverplichting hoeven te voldoen; wel geldt onverkort dat deze opdrachten bij een duidelijk grensoverschrijdend belang onder de Verdragsbepalingen van het vrij verkeer en de daaruit voortvloeiende beginselen vallen. Verder zijn er bijvoorbeeld specifieke regels over de looptijd van concessieopdrachten.<sup>1032</sup>

Bovendien geldt dat instrumenten doelbewust moeten worden ingezet en dat overheden instrumenten met de juiste naam dienen aan te merken om verwarring te voorkomen. In dat kader ontstaat ook ruimte om de specifieke mogelijkheden van het instrument beter te benutten. Zo is kenmerkend aan de concessieopdracht dat risico's (van vraag en/of aanbod) bij de opdrachtnemer worden gelegd; onder meer in tijden van bezuiniging kan dit overheden dan ook voordelen bieden bij het laten uitvoeren van taken. Daarnaast is de concessieopdracht een instrument waarmee het aan de opdrachtnemer kan worden gelaten (deels) vergoedingen van gebruikers te innen. Dit instrument kan dan ook mogelijk worden betrokken om een betaalbaar (zorg)stelsel voor huidige en toekomstige generaties te ontwikkelen.

Ter bespreking van het instrument van de concessieopdracht, zal in paragraaf 6.2 allereerst worden ingegaan op het instrument van de concessieopdracht en de ontwikkelingen die hebben geleid tot concessierichtlijn 2014/23/EU. Op basis daarvan zal duidelijk worden hoe de concessieopdracht – na een jarenlang proces – onderdeel is geworden van een Europese regeling voor de totstandkoming van de EU-interne markt. Aansluitend zal in paragraaf 6.3 worden besproken welke regels gelden voor concessieopdrachten voor sociale diensten. Vervolgens zullen in paragraaf 6.4, aan de hand van de definitie van de concessieopdracht en jurisprudentie van het HvJ EU, de scheidslijnen van dit rechtsinstrument met de overheidsopdracht aan de orde komen. In paragraaf 6.5 zal dit vervolgens worden toegepast op de organisatie van sociale diensten. Op basis van de karakteristieken van de concessieopdracht die daaruit voortvloeien, zal worden gezien of de concessieopdracht door gemeenten in Nederland reeds (onbewust) wordt gehanteerd om sociale diensten te organiseren, dan wel of dit een passend instrument zou kunnen zijn om deze diensten in de toekomst te organiseren. Vervolgens wordt in paragraaf 6.6 kort ingegaan op de scheidslijnen tussen de concessieopdracht en de subsidie, vergunning en het openhousemodel. Dit onderdeel wordt kort besproken omdat de scheidslijnen vergelijkbaar zijn met het onderscheid tussen de overheidsopdracht en deze instrumenten, zoals besproken in de hoofdstukken 3 tot en met 5. In paragraaf 6.7 zal ten slotte nog worden ingegaan op de plaats van de concessie en de concessieopdracht in Nederland. Hier zal de vraag aan de orde komen of alle concessies naar Nederlands recht ook altijd als een concessieopdracht in de zin van de Richtlijn 2014/23/EU en de Aw 2012 moeten worden aangemerkt.

Wat betreft de terminologie wordt in dit hoofdstuk ten aanzien van concessies die vallen onder Richtlijn 2014/23/EU de term concessieopdracht gehanteerd. Daarmee

1031. De drempel voor concessies voor diensten is met Verordening (EU) 2021/1951, *PbEU* L 38921, voor de periode jan. 2022 tot 31 dec. 2023 vastgesteld op: € 5.382.000.

1032. Zie art. 18 Richtlijn 2014/23/EU.



wordt aangesloten bij de terminologie van de Aw 2012. Tevens laat dit woord ook goed zien dat het om een gelijksoortig instrument gaat als bij een overheidsopdracht: het gaat om een opdracht. In de concessierichtlijn wordt ook wel gesproken van een concessieovereenkomst of eenvoudigweg van een concessie; als uit de richtlijn of jurisprudentie wordt geciteerd wordt dan ook aangesloten bij de daar gehanteerde terminologie.

## 6.2 ONTWIKKELING VAN DE CONCESSIEOPDRACHT ALS EUROPEES RECHTSINSTRUMENT VOOR MAATSCHAPPELIJKE VOORDELEN VOOR EU-BURGERS

In deze paragraaf wordt ingegaan op de ontwikkelingen die hebben geleid tot een Europese concessierichtlijn in 2014.<sup>1033</sup> Daarbij zal allereerst kort worden stilgestaan bij de betekenis en afbakening van het instrument van de concessieopdracht.

### 6.2.1 De concessieopdracht: betekenis en afbakening

In dit hoofdstuk staat de concessieopdracht als bedoeld in Richtlijn 2014/23/EU centraal. Wat betreft de inhoud en reikwijdte van de concessieopdracht geldt dat net als bij de overheidsopdracht is voorzien in een EU-definitie van dit instrument. Dit is van belang nu, evenals bij de overheidsopdracht, ook bij de concessieopdracht deze EU-definitie voorgaat op nationale definities en benamingen.<sup>1034</sup> Wanneer aan de criteria uit deze definitie is voldaan, moet de activiteit als een concessieopdracht worden aangemerkt en overeenkomstig Richtlijn 2014/23/EU in de markt worden gezet, ongeacht de nationale benaming die aan het instrument is gegeven.

In art. 5 lid 1 Richtlijn 2014/23/EU is de concessieopdracht voor werken en diensten – de onderscheiden definities worden in dit hoofdstuk samengenomen omdat deze definities alleen verschillen wat betreft het voorwerp – als volgt gedefinieerd:

*‘een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel waarbij één of meer aanbestedende diensten of aanbestedende instanties werken of diensten laten uitvoeren door één of meer ondernemers, waarvoor de tegenprestatie bestaat hetzij uitsluitend in het recht het werk/de diensten die het voorwerp van de overeenkomst vormen, te exploiteren, hetzij in dit recht en een betaling.’<sup>1035</sup>*

Uit deze definitie volgt dat een concessieopdracht voor een deel dezelfde kenmerken heeft als een overheidsopdracht, maar dat het onderscheid tussen de twee ligt in de invulling van de tegenprestatie.<sup>1036</sup> Net als bij een overheidsopdracht is bij een concessieopdracht namelijk sprake van een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel voor het laten uitvoeren van een bepaalde activiteit. De tegenpres-

1033. Richtlijn 2014/23/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van concessieovereenkomsten, *OJ L 94*.

1034. Zie o.a.: HvJ EG 18 juli 2007, C-382/05, ECLI:EU:C:2007:445 (*Commissie/Italië*), r.o. 30 en 31; HvJ EU 15 oktober 2009, C-196/08, ECLI:EU:C:2009:628 (*Acoset*), r.o. 38; HvJ EU 10 maart 2011, C-274/09, ECLI:EU:C:2011:130 (*Stadler/Passau*), r.o. 23; HvJ EU 10 november 2011, C-348/10, ECLI:EU:C:2011:721 (*Norma-A SLA*), r.o. 40. HvJ EU 14 november 2013, C-221/12, ECLI:EU:C:2013:736 (*Belgacom*), r.o. 26.

1035. Zie implementatie in: art. 1.1 Aw 2012.

1036. Zie daarover ook: Nijhof 2000, p. 21; Drahmman 2015, p. 87 e.v.

tatie bestaat bij een concessieopdracht echter, in plaats van een rechtstreekse betaling door de aanbestedende dienst, uit een exploitatierecht, eventueel in combinatie met het recht op een betaling. In de vorige Richtlijn 2004/18/EG werd de concessie nog gedefinieerd als 'een overeenkomst met dezelfde kenmerken als een overheidsopdracht (...), met uitzondering van het feit dat de tegenprestatie voor de uit te voeren werken bestaat hetzij uit uitsluitend het recht het werk te exploiteren, hetzij uit dit recht, gepaard gaande met een prijs'.<sup>1037</sup> Over dit onderscheid, en daarmee de scheidslijnen tussen de concessie- en overheidsopdracht, meer in paragraaf 6.4. Verder moet het dus, evenals bij een overheidsopdracht, bij een concessieopdracht gaan om een overeenkomst onder bezwarende titel gesloten tussen aanbestedende dienst(en) en één of meerdere ondernemer(s) voor de uitvoering van werken of diensten. Om te beoordelen of daarvan sprake is, moet een vergelijkbare toets worden verricht als bij de overheidsopdracht. Dit is van belang voor het onderscheiden tussen de concessieopdracht en instrumenten als de subsidie, vergunning en het openhousemodel; daarover meer in paragraaf 6.6.

In jurisprudentie, waarin het HvJ EU werd gevraagd te oordelen of sprake is van een overheidsopdracht of een concessieopdracht, komt naar voren dat in situaties waarin de opdrachtnemer als tegenprestatie voor het uitvoeren van diensten vergoedingen of betalingen van derden mag innen, sprake is van het bedoelde exploitatierecht.<sup>1038</sup> Zo zijn het beheer van een betaalde openbare parkeerplaats, de exploitatie van een openbare vervoersdienst en de exploitatie van een kabeltelevisienet, door het Hof aangemerkt als een concessieopdracht. In deze arresten moest de gecontracteerde dienstverrichter namelijk zijn eigen prestatie bij de gebruikers exploiteren, bijvoorbeeld door middel van het verkopen van parkeer- of ov-kaartjes, en was dus voldaan aan het vereiste dat de tegenprestatie bestaat uit een exploitatierecht.

Het innen van vergoedingen van derden is volgens het HvJ EU *een van de vormen* waarop het exploitatierecht kan worden uitgeoefend.<sup>1039</sup> Er zijn dus ook andere vormen van exploitatierecht denkbaar. Tekenend is dat in de considerans bij Richtlijn 2014/23/EU is verduidelijkt dat bepaalde regelingen die geheel en al door een aanbestedende dienst of een aanbestedende instantie worden beloofd in bepaalde omstandigheden ook als concessieopdracht moeten worden aangemerkt.<sup>1040</sup> Het enkele feit dat sprake is van het innen van vergoedingen van derden of een andere vorm van toekennen van een exploitatierecht is daarbij nog niet voldoende om te spreken van een concessieopdracht. Zoals blijkt uit hierna te bespreken jurisprudentie van het HvJ EU en zoals is gecodificeerd in de concessierichtlijn, moet er namelijk ook sprake zijn van de overdracht van exploitatierisico. Het toekennen van een exploitatierecht impliceert namelijk dat de aanbestedende dienst operationele risico's overdraagt aan de opdrachtnemer.<sup>1041</sup> Uit deze rechtspraak en de hui-

1037. Art. 1, lid 3 en 4 Richtlijn 2004/18/EG.

1038. HvJ EG 13 oktober 2005, C-458/03, ECLI:EU:C:2005:605 (*Parking Brixen*); HvJ EG 6 april 2006, C-410/04, ECLI:EU:C:2006:237 (*ANAV*); HvJ EG 13 november 2008, C-324/07, ECLI:EU:C:2008:621 (*Coditel Brabant*).

1039. HvJ EG 10 september 2009, C 206/08, ECLI:EU:C:2009:540 (*Eurawasser*), r.o. 53. Daarover meer in par. 6.4.

1040. Considerans punt 18, Richtlijn 2014/23/EU.

1041. Zie reeds: HvJ EG 13 oktober 2005, C-458/03, ECLI:EU:C:2005:605 (*Parking Brixen*), r.o. 40; HvJ EG 18 juli 2007, C-382/05, ECLI:EU:C:2007:445 (*Commissie/Italië*); HvJ EG 13 november 2008, C-437/07, ECLI:EU:C:2008:624 (*Commissie/Italië*).

dige concessierichtlijn volgt daarbij dat de nadruk van het onderscheid tussen een overheidsopdracht en een concessieopdracht ook steeds meer is gaan liggen op dit tweede kenmerk (hierna: criterium) van een concessieopdracht.<sup>1042</sup> Daarover in paragraaf 6.4 meer.

### 6.2.2 Totstandkomingsproces 1989-2014 van de EU-concessierichtlijn

Pas met de herziening van de aanbestedingsrichtlijnen in 2014 is op EU-niveau voorzien in Europese aanbestedingsregels voor concessieopdrachten. Lange tijd werd deze rechtsfiguur op EU-niveau namelijk te pluriform geacht voor een gemeenschappelijke regeling.<sup>1043</sup> Wel was in Richtlijn 2014/18/EG de concessie voor werken reeds aan enkele basisbepalingen onderworpen; de concessieovereenkomst voor diensten viel echter in het geheel niet onder de aanbestedingsrichtlijnen.<sup>1044</sup> Daaraan is met Richtlijn 2014/23/EU een einde gekomen. Overigens dateren de eerste voorstellen van de Europese Commissie voor een concessierichtlijn reeds uit 1989.<sup>1045</sup>

De considerans van Richtlijn 2014/23/EU maakt meteen duidelijk waarom er op EU-niveau in een regeling voor concessieovereenkomsten moest worden voorzien.<sup>1046</sup> Volgens punt 1 van de considerans gaf het ontbreken van duidelijke regels op EU-niveau namelijk aanleiding tot rechtsonzekerheid en tot belemmeringen voor de vrije dienstverlening, en veroorzaakte deze onduidelijkheid verstoringen in de werking van de interne markt.<sup>1047</sup> Doordat de wetgeving voor concessies in de lidstaten sterk verschilde en door de uiteenlopende interpretaties van de verdragsbeginselen in de lidstaten, was er namelijk een situatie van rechtsonzekerheid ontstaan, die het risico met zich bracht dat doelen van het EU-recht niet werden bereikt. Zo kon de concessie door de lidstaten worden misbruikt om de toepassing van de aanbestedingsregels te omzeilen. In een aantal lidstaten werd namelijk veel gebruik gemaakt van dit instrument, en werd onder noemer van de concessie, getracht (overheids)opdrachten buiten het bereik van Europese regels te houden.<sup>1048</sup> Volgens de considerans was een belangrijk gevolg daarvan dat met name aan kleine en middelgrote ondernemers hun rechten binnen de interne markt werden ontzegd.<sup>1049</sup> Daarnaast werd, volgens de considerans van de richtlijn, zonder Europese regeling

1042. Zie hierover ook Hernández González, *PPLR* 2016, p. 51-60.

1043. Zie o.a. in HvJ EG 7 december 2000, C-324/98, ECLI:EU:C:2000:669 (*Telaustria en Telefonadress*), r.o. 46-50. Zie ook: Manunza 2006, p. 72; Bleeker & Manunza 2014, p. 748.

1044. Zie art. 17 en 56 e.v. Richtlijn 2004/18/EG.

1045. Voorstel van 18 juli 1989 voor een richtlijn van de Raad betreffende de procedures voor het plaatsen van opdrachten door diensten die werkzaam zijn in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie (89/C 264/02, PB C 264, blz. 22); Voorstel van 13 december 1990 en gewijzigde voorstel van 28 augustus 1991 voor een richtlijn van de Raad betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening, COM(91) 322 def., PB C 250, blz. 4; zie ook uitgebreid uitgelegd in: *Telaustria en Telefonadress*, r.o. 46-50. Voor een uitgebreidere weergave van de historie van de totstandkoming van een concessierichtlijn: Hernández González, *PPLR* 2016, p. 51 e.v.

1046. Considerans punt 1, Richtlijn 2014/23/EU. Zie hierover ook in: COM(2011) 897 def. (voorstel concessierichtlijn).

1047. In punt 4 zelfs als 'aanhoudende verstoringen' van de interne markt aangeduid.

1048. Zie uitgebreider hierover en over de ontwikkelingen naar een concessierichtlijn: Hernández González, *PPLR* 2016, p. 51-60.

1049. Considerans punt 1, Richtlijn 2014/23/EU.

overheidsgeld mogelijk niet zodanig uitgegeven dat de burgers van de Unie konden profiteren van kwaliteitsdiensten tegen de beste prijs. Er moest dan ook worden voorzien in een 'toereikend, evenwichtig en flexibel rechtskader' voor de gunning van concessies. Zo zou enerzijds de effectieve en niet-discriminerende toegang tot de markt voor alle ondernemers binnen de Unie en meer rechtszekerheid worden verwezenlijkt en zou anderzijds de overheid dit instrument zodoende kunnen aanwenden voor een doelmatige besteding van overheidsgeld en betere diensten voor de burger.<sup>1050</sup> In het voorstel voor de concessierichtlijn van de Europese Commissie zijn deze doelen terug te vinden.<sup>1051</sup>

In de uitleg bij dit voorstel wordt daarnaast ook duidelijk dat de bepalingen van deze richtlijn zijn ingegeven vanuit een context van financiële crisis; de voorstellen van de aanbestedingsrichtlijnen van 2014 kwamen namelijk tot stand enkele jaren na de economische crisis van 2008, waarvan de effecten in veel EU-lidstaten nog duidelijk werden gevoeld. In die context wordt dan ook juist gewezen op een toereikend kader voor concessieopdrachten 'die gunstig is voor publieke en private investeringen en strategische diensten met een optimale kosten-batenverhouding'.<sup>1052</sup> Het potentieel dat kon worden bereikt met EU-wetgeving voor concessies was reeds eerder in een mededeling van de Commissie al onder de aandacht gebracht.<sup>1053</sup> Volgens Hernández González moet de totstandkoming van de concessierichtlijn dan ook vooral in dat licht worden geplaatst en kan de hoofdreden van een concessierichtlijn worden gevonden in het feit dat het gebruik van de concessie in de periode na de financiële crisis in sommige lidstaten sterk toenam.<sup>1054</sup> Concessieopdrachten, waarbij de taak en risico's worden overgedragen aan de opdrachtnemer, kunnen immers aantrekkelijk zijn voor aanbestedende diensten die te maken hebben met krimpende budgetten.

Voorafgaand aan dit concrete voorstel voor een concessierichtlijn, bleek de noodzaak van duidelijke regels voor de gunning van concessieopdrachten ook reeds in jurisprudentie van het HvJ EU. Deze jurisprudentie deed daarbij steeds sterker de vraag opwerpen waarin de concessieopdracht van de overheidsopdracht verschilde om niet in gelijksoortige aanbestedingsverplichtingen te voorzien.<sup>1055</sup> De huidige concessierichtlijn blijkt dan ook voor een groot deel een codificatie van deze jurisprudentie. Reeds vanaf eind van de jaren negentig van de vorige eeuw verschenen namelijk diverse zaken over de gunning van concessieopdrachten bij het Hof.<sup>1056</sup> In de meeste zaken draait het dan om de vraag of en welke EU-regels op de gunning van concessieopdrachten van toepassing zijn. Ondernemers uit andere, maar ook

1050. Zie ook considerans punt 3 en 4 Richtlijn 2014/23/EU.

1051. COM(2011) 897 def.

1052. COM(2011) 897 def., p. 2.

1053. Mededeling Europese Commissie 2009, De mobilisering van particuliere en openbare investeringen voor herstel en structurele verandering op lange termijn: de ontwikkeling van publiek-private partnerschappen, COM(2009) 615 def.

1054. Hernández González, *PPLR* 2016, p. 51.

1055. Zij bijv. reeds Manunza 2006, p. 172.

1056. Zie o.a.: HvJ EG 18 november 1999, C-275/98, ECLI:EU:C:1999:567 (*Unitron Scandinavia*); HvJ EG 7 december 2000, C-324/98, ECLI:EU:C:2000:669 (*Telaustria en Telefonadress*); HvJ EG 21 juli 2005, C-231/03, ECLI:EU:C:2005:487 (*Coname*); HvJ EG 13 oktober 2005, C-458/03, ECLI:EU:C:2005:605 (*Parking Brixen*); HvJ EG 13 november 2008, C-324/07, ECLI:EU:C:2008:621 (*Coditel Brabant*).

uit dezelfde lidstaat waar de opdracht werd gegund, komen op tegen de rechtstreekse gunning – zonder transparantie – van een concessieopdracht aan een andere ondernemer. In deze arresten legt het Hof uit dat de gunning van concessies is onderworpen aan de fundamentele regels van het Verdrag (nu: VWEU) en het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit, ‘hetgeen met name een verplichting tot transparantie inhoudt, zodat de aanbestedende dienst kan vaststellen of het wordt nageleefd’.<sup>1057</sup> Gunning van een concessie (opdracht) zonder enige transparantie aan een onderneming in een lidstaat levert daarbij een ongelijke behandeling in het nadeel van een onderneming in een andere lidstaat op.<sup>1058</sup> In dat geval heeft deze onderneming geen reële mogelijkheid gehad om haar interesse in de concessie te tonen. Aanbestedende diensten moesten bij de gunning van concessies dus rekening houden met de vrijverkeersbepalingen en de beginselen van non-discriminatie, gelijke behandeling, transparantie en proportionaliteit. Het HvJ EU verduidelijkte echter ook dat dit niet betekent dat een aanbestedingsprocedure moet worden gevolgd; dat is nu dus met Richtlijn 2014/23/EU veranderd.<sup>1059</sup> Omdat er dus een verschil bestond in de EU-regulering die van toepassing is op overheidsopdrachten (aanbestedingsrichtlijn) en concessies (Vrijverkeersregels), kwamen daarnaast regelmatig zaken bij het Hof over de scheidslijn tussen de overheids- en de concessieopdracht.<sup>1060</sup> Daarover meer in paragraaf 6.4 omdat er nog steeds verschil bestaat tussen de overheids- en concessieopdracht: als instrument en dus ook in regulering. Van belang is dat het HvJ EU, dat in een specifiek geval moest beoordelen of sprake was van een concessie- dan wel van een overheidsopdracht, de aanzet heeft gegeven voor hoe dit onderscheid tussen de concessieopdracht en de overheidsopdracht moet worden gezien. Ook in de considerans van de concessierichtlijn wordt deze jurisprudentie aangehaald om de scheidslijn tussen deze twee instrumenten uit te leggen.<sup>1061</sup>

Met Richtlijn 2014/23/EU is dan ook beoogd een einde te maken aan de onduidelijkheid en rechtsonzekerheid over de regels die gelden bij het gunnen van concessieopdrachten; concessieopdrachten moeten dan ook voor mededinging worden opengesteld op de door de richtlijn voorgeschreven wijze. Daarbij staat de doelmatige besteding van overheidsgeld bij het gebruik van concessieopdrachten en het verwezenlijken van diensten of werken van goede kwaliteit voor de EU-burger, centraal. Een uniforme regeling voor concessieopdrachten op EU-niveau kan zo worden gezien als een instrument om bredere maatschappelijke doelen voor de EU en haar burgers te verwezenlijken. Dit zowel voor de ondernemers die een activiteit waarop de concessieopdracht ziet, willen uitvoeren (i), alsook voor de gebruiker die diensten van goede prijs/kwaliteit wenst te ontvangen (ii), alsook

1057. Zie o.a. *Telaustria*, r.o. 60-61.

1058. *Coname*, r.o. 17-18.

1059. Zie bijv. *Coname*, r.o. 21.

1060. Zie o.a.: HvJ EG 6 april 2006, C-410/04, ECLI:EU:C:2006:237 (ANAV); HvJ EG 18 juli 2007, C-382/05, ECLI:EU:C:2007:445 (*Commissie/Italië*); HvJ EG 13 november 2008, C-437/07, ECLI:EU:C:2008:624 (*Commissie/Italië*); HvJ EG 13 november 2008, C-324/07, ECLI:EU:C:2008:621 (*Coditel Brabant*); HvJ EG 11 juni 2009, C-300/07, ECLI:EU:C:2009:358 (*Hans & Christophorus Oymanns*); HvJ EG 15 oktober 2009, C-196/08, ECLI:EU:C:2009:628 (*Acoset*); HvJ EG 10 september 2009, C 206/08, ECLI:EU:C:2009:540 (*Eurawasser*); HvJ EU 10 maart 2011, C-274/09, ECLI:EU:C:2011:130 (*Stadler/Passau*); HvJ EU 10 november 2011, C-348/10, ECLI:EU:C:2011:721 (*Norma-A SIA*).

1061. Zie m.n. punt 18-20 considerans, Richtlijn 2014/23/EU.

voor de samenleving als geheel, die een doelmatige besteding van overheidsgeld verlangt (iii).

Toegepast op sociale diensten zou een gemeente voor een concessieopdracht kunnen kiezen, waarbij zij bij de gunning rekening houdt met deze drie behoeften. Zo kan – idealiter – de concessieopdracht onder openstelling van de mededinging worden gegend aan één of meerdere zorgaanbieders die het beste voldoen aan de behoeften van die gemeenten, dan wel aan de behoeften van de cliënten die de zorg wensen te ontvangen. Daarbij kan ook rekening worden gehouden met de nodige beteugeling van zorgkosten, aangezien bij het instrument van de concessieopdracht de doelmatige besteding van overheidsgeld centraal staat. Bovendien bestaat bij dit instrument de mogelijkheid om de kosten ook deels door de gebruikers te laten betalen. Hier kan de vraag worden gesteld of dit instrument mogelijk ook een rol kan spelen, mede met het oog op problematiek van de vergrijzing van de bevolking en de daarmee samenhangende stijgende zorgkosten, om sociale diensten van goede kwaliteit in de toekomst verder vorm te geven.

### 6.3 EU- EN NATIONALE AANBESTEDINGSREGELS VOOR CONCESSIEOPDRACHTEN VOOR SOCIALE DIENSTEN

Alle activiteiten van overheden die aan de EU-definitie van de concessieopdracht voldoen, moeten dus als een concessieopdracht in bovenbedoelde zin worden aangemerkt, en op de in de richtlijn voorgeschreven wijze in de markt worden gezet. Daarbij geldt (thans) een drempelbedrag van € 5.382.000 voor een Europese aanbesteding.<sup>1062</sup> Alleen concessieopdrachten die met hun waarde dit drempelbedrag bereiken, vallen onder het regime van de richtlijn. Deze drempel ligt dus veel hoger dan de drempel van € 750.000 voor overheidsopdrachten voor sociale diensten. Dit betekent dat concessieopdrachten voor sociale diensten dan ook minder snel aan een concurrentieverplichting zijn onderworpen dan overheidsopdrachten voor sociale diensten. Concessieopdrachten met een waarde onder deze drempel moeten evenwel worden getoetst aan de vraag of sprake is van een duidelijk grensoverschrijdend belang; daarvoor verwijs ik terug naar hoofdstuk 2, paragraaf 2.6 van dit boek. Als dat het geval is gelden namelijk de fundamentele bepalingen van het verdrag en de daaruit afgeleide beginselen zoals hierboven beschreven. Daarbij hoeft er echter geen aanbestedingsprocedure te worden gevolgd.

Andere verschillen met de overheidsopdracht kunnen worden gevonden in bepalingen over de duur van de looptijd van een concessieopdracht: die mag worden afgestemd op de periode waarin redelijkerwijs kan worden verwacht dat de concessiehouder zijn investeringen inclusief een bepaald rendement heeft terugverdiend.<sup>1063</sup> Verder zijn er voor concessieopdrachten geen procedures voorgeschreven, maar hebben aanbestedende diensten veel ruimte om een eigen procedure in te richten.<sup>1064</sup> Ook is er veel vrijheid bij het opstellen van gunningscriteria. Concessieopdrachten moeten immers op grond van art. 41 Richtlijn 2014/23/EU (slechts)

1062. Gedelegeerde Verordening (EU) 2021/1951 van de Commissie van 10 november 2021 tot wijziging van Richtlijn 2014/23/EU van het Europees Parlement en de Raad wat de drempels voor concessies betreft, *PBEU* L 389/21.

1063. Art. 18 Richtlijn 2014/23/EU.

1064. Art. 30 e.v. Richtlijn 2014/23/EU.

worden gegund op basis van objectieve criteria waarbij daadwerkelijke mededinging plaatsvindt; er is echter niet zoals bij overheidsopdrachten een verplichting om te gunnen op basis van EMVI.<sup>1065</sup> De vraag die hier gesteld kan worden is wat of welk kenmerk van de concessieopdracht dit verschil in regels met de overheidsopdracht rechtvaardigt; daar kom ik – in paragraaf 6.4.1 – op terug, aangezien dit te maken heeft met de (onderscheiden) karakteristieken van de concessie- en overheidsopdracht.

De regeling voor concessieopdrachten is in Nederland neergelegd in deel 2A van de Aw 2012. De beginselen bij Europese aanbestedingen, neergelegd in afd. 1.2.2, zijn daarbij van toepassing verklaard op concessieopdrachten met een duidelijk grensoverschrijdend belang. Afdeling 1.2.3, uitgangspunten bij nationale aanbestedingen, is van toepassing op de gunning van nationale concessieopdrachten.

Evenals voor overheidsopdrachten in Richtlijn 2014/24/EU is ook in de concessierichtlijn voorzien in een bijzondere regeling voor sociale diensten. Deze regeling is neergelegd in art. 19 Richtlijn 2014/23/EU. In dit artikel zijn slechts artikel 31, lid 3 en de artikelen 32, 46 en 47 op concessieopdrachten voor sociale diensten van toepassing verklaard. Art. 31 lid 3 betreft de verplichting tot het doen van een vooraankondiging, art. 32 ziet op de verplichting om een aankondiging van de gunningsbeslissing te doen. In bijlage VIII wordt vermeld wat deze aankondiging moet omvatten. De artikelen 46 en 47 vermelden de wijzigingen ten aanzien van de rechtsbeschermingsrichtlijn.<sup>1066</sup> In de considerans bij de concessierichtlijn wordt benadrukt dat bij deze diensten sprake is van een beperkte grensoverschrijdende dimensie.<sup>1067</sup> De verplichting van een vooraankondiging en een aankondiging van de gunning is dan ook volgens de considerans een toereikende methode om potentiële inschrijvers kansen te bieden en iedere belanghebbende op de hoogte te stellen van het aantal en het soort gegunde concessieovereenkomsten. Verder blijkt uit de considerans dat de lidstaten – evenals bij overheidsopdrachten – ‘passende maatregelen’ moeten invoeren met betrekking tot de gunning van concessie voor sociale diensten, zodat de beginselen van transparantie en gelijke behandeling van ondernemers worden nageleefd en zodat aanbestedende diensten rekening kunnen houden met de specifieke aard van deze diensten. Daarbij wordt verwezen naar artikel 14 VWEU en Protocol nr. 26 en worden de volgende waarden opgesomd: de noodzaak te zorgen voor innovatie, een hoog kwaliteitsniveau, een hoge veiligheid en betaalbaarheid, gelijke behandeling en bevordering van de algemene toegang en de rechten van de gebruiker. Duidelijk blijkt ook hier dat deze erkende EU-kernwaarden van diensten van algemeen economisch belang een belangrijke plaats hebben binnen de EU-interne marktregels, zoals beschreven in hoofdstuk 2 van dit boek.

1065. EMVI staat voor economisch meest voordelige inschrijving. Dit is sinds Richtlijn 2014/24/EU een overkoepelend begrip voor gunnen op basis van beste prijs/kwaliteitverhouding, laagste kosten op basis van kosteneffectiviteit en laagste prijs, waarbij gunning op basis van de beste prijs/kwaliteitsverhouding het uitgangspunt vormt.

1066. Voorheen: Richtlijn 89/665/EEG en Richtlijn 92/13/EEG, thans: Richtlijn 2007/66/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2007 tot wijziging van de Richtlijnen 89/665/EEG en 92/13/EEG van de Raad met betrekking tot de verhoging van de doeltreffendheid van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten, *OJ L* 335.

1067. Considerans punt 53 en 54 bij Richtlijn 2014/23/EU.

Ten slotte wordt in de considerans onderstreept dat lidstaten, gezien de aard van deze specifieke diensten en hun gevoelige karakter, een grote vrijheid moeten krijgen om de keuze van de dienstverlener te regelen op de wijze die hun het meest geschikt voorkomt.<sup>1068</sup> Hier komt de nationale soevereiniteit, die lidstaten op sociaal terrein hebben, naar voren.

In de Aanbestedingswet 2012 is artikel 19 van de concessierichtlijn geïmplementeerd in art. 2a.29, op grond waarvan concessies voor sociale diensten zijn onderworpen aan art. 2a.30, tweede lid, 2a.33, 2a.49, 2a.50, 2a.51, 4.15 en 4.16 Aw 2012. Uit deze artikelen volgen wat meer verplichtingen dan uit de concessierichtlijn voortvloeien. Interessant is dat ook is afgeweken van de regels die gelden voor overheidsopdrachten voor sociale diensten. Zo is naast de bepalingen die de aanbestedende dienst overeenkomstig de concessierichtlijn verplichten een vooraankondiging van de concessieopdracht en een aankondiging van de gunningsbeslissing te doen, in de Aw ook bepaald dat een aanbestedende dienst inschrijvers dient te verzoeken aan te geven dat zij bij het opstellen van hun inschrijving rekening hebben gehouden met de verplichtingen op het gebied van milieu-, sociaal en arbeidsrecht als bedoeld in art. 2.81 Aw 2012. Vooral opvallend is dat bij concessieopdrachten voor sociale diensten de bepalingen uit paragraaf 2.3.8.8 Aw 2012 ten aanzien van de gunningsbeslissing en de daaraan verbonden termijnen van overeenkomstige toepassing zijn verklaard en dat de bepalingen over gunningscriteria van toepassing zijn verklaard. Dit is namelijk bij overheidsopdrachten voor sociale diensten niet het geval.

Op grond daarvan moet een aanbestedende dienst (of speciale sectorbedrijf) een concessieopdracht gunnen 'op basis van objectieve criteria en bewerkstelligen dat de inschrijvingen onder voorwaarden van daadwerkelijke mededinging worden beoordeeld, waardoor een algeheel economisch voordeel voor de aanbestedende dienst kan worden vastgesteld'.<sup>1069</sup> Ook geldt op grond daarvan onder meer dat aanbestedende diensten gunningscriteria moeten vaststellen die verband houden met het voorwerp van de opdracht (en dus proportioneel zijn), dat de criteria sociale, innovatie gerelateerde of milieucriteria mogen omvatten, en dat zij de gunningscriteria op afnemende volgorde van belangrijkheid vermelden.

Opmerkelijk is dan ook dat bij de concessieopdracht – in tegenstelling tot de overheidsopdracht – voor sociale diensten, duidelijker is omschreven op basis van welke criteria de gunning kan worden gebaseerd. Van belang is vooral dat het moet gaan om objectieve gunningscriteria en om daadwerkelijke mededinging met het oog op 'een algeheel economisch voordeel' voor de aanbestedende dienst. Uiteindelijk zal het hier gaan om de plicht van art. 1.4 lid 2 Aw 2012 om zoveel mogelijk maatschappelijke waarde voor de publieke middelen te realiseren, hetgeen kan bestaan uit zowel economische als andere belangrijke maatschappelijke overwegingen zoals duurzaamheid of innovatie maar ook het organiseren van sociale diensten van goede kwaliteit.

1068. Considerans punt 54 bij Richtlijn 2014/23/EU.

1069. Art. 2a.50 Aw 2012.



## 6.4 SCHEIDSLIJNEN TUSSEN DE OVERHEIDS- EN CONCESSIEOPDRACHT

In deze paragraaf staan de scheidslijnen tussen de overheids- en concessieopdracht centraal. Het gaat daarbij om twee criteria van de concessieopdracht: het exploitatierecht en de overdracht van het exploitatierisico. Deze criteria om vast te stellen of sprake is van een concessieopdracht, zullen in de volgende paragraaf worden getoetst aan de praktijk van het sociaal domein in Nederland om te bezien of dit instrument al dan niet bewust reeds wordt gekozen dan wel of dit een mogelijkheid zou kunnen zijn.

### 6.4.1 Scheidslijnen: exploitatierecht en overdracht van exploitatierisico

In paragraaf 6.2 bleek dat uit de EU-definitie van de concessieopdracht het onderscheid tussen de overheids- en concessieopdracht reeds kan worden afgeleid. Uit de definitie volgt namelijk dat de concessieopdracht dezelfde kenmerken heeft als een overheidsopdracht met uitzondering van de tegenprestatie. De tegenprestatie bestaat bij een concessieopdracht namelijk uit een exploitatierecht eventueel in combinatie met een betaling.<sup>1070</sup> Verder is net als bij een overheidsopdracht bij een concessieopdracht sprake van een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel voor het laten uitvoeren van een bepaalde activiteit (waaraan een uitvoeringsverplichting is gekoppeld). Dit is van belang als in paragraaf 6.6 de vergunning, subsidie en het openhousemodel van de concessieopdracht worden onderscheiden. Uit de definitie volgt dus een eerste scheidslijn tussen de overheids- en concessieopdracht: het exploitatierecht als tegenprestatie.

Interessant is echter dat de EU-wetgever met de concessierichtlijn aan de definitie van de concessieopdracht een alinea heeft toegevoegd. Uit deze tweede alinea van art. 5 lid 1 Richtlijn 2014/23/EU volgt dat de gunning van een concessieopdracht voor werken of diensten ook de overdracht inhoudt van het operationeel risico dat inherent is aan de exploitatie van de werken of diensten. Met deze alinea heeft de EU-wetgever jurisprudentie van het HvJ EU gecodificeerd, waaruit volgt dat voor het onderscheid tussen de concessie- en overheidsopdracht, naast het vereiste van het exploitatierecht, van belang is dat sprake is van een overdracht van exploitatierisico. Hierna zal blijken dat dit vereiste zelfs meer nadruk heeft gekregen, met als gevolg dat het vereiste van exploitatierecht aan belang heeft ingeboet.

Het onderscheid tussen de overheids- en de concessieopdracht is regelmatig aan de orde geweest in jurisprudentie van het HvJ EU en daarin nader uitgelegd.<sup>1071</sup>

1070. Zie over de onderscheidende kenmerken tussen een concessie- en overheidsopdracht ook reeds: Nijhof 2000, p. 21 e.v.; Drahmman 2015, p. 87 e.v.; Kuypers & De Wit, TBR 2018/72, p. 491-500.

1071. Zie o.a.: HvJ EG 7 december 2000, C-324/98, ECLI:EU:C:2000:669 (*Telaustria en Telefonadress*); HvJ EG 13 oktober 2005, C-458/03, ECLI:EU:C:2005:605 (*Parking Brixen*); HvJ EG 6 april 2006, C-410/04, ECLI:EU:C:2006:237 (*ANAV*); HvJ EG 18 juli 2007, C-382/05, ECLI:EU:C:2007:445 (*Commissie/Italië*); HvJ EG 13 november 2008, C-437/07, ECLI:EU:C:2008:624 (*Commissie/Italië*); HvJ EG 13 november 2008, C-324/07, ECLI:EU:C:2008:621 (*Coditel Brabant*); HvJ EG 11 juni 2009, C-300/07, ECLI:EU:C:2009:358 (*Hans & Christophorus Oymanns*); HvJ EG 15 oktober 2009, C-196/08, ECLI:EU:C:2009:628 (*Acoset*); HvJ EG 10 september 2009, C 206/08, ECLI:EU:C:2009:540 (*Eurawasser*); HvJ EU 10 maart 2011, C-274/09, ECLI:EU:C:2011:130 (*Stadler/Passau*); HvJ EU 10 november 2011, C-348/10, ECLI:EU:C:2011:721 (*Norma-A SLA*).

Tot Richtlijn 2014/23/EU was deze scheidslijn immers van groot belang omdat de concessieopdracht (voor diensten) van de werkingssfeer van de aanbestedingsrichtlijn was uitgesloten.<sup>1072</sup> Dit onderscheid is overigens ook nu nog relevant, omdat op concessieopdrachten minder uitgewerkte en/of andere regels van toepassing zijn dan op overheidsopdrachten. Bij het HvJ EU komen dan ook diverse zaken waarin partijen of een verwijzende rechter, met het oog op de toepasselijke regels, zich afvragen of sprake is van een overheids- of een concessieopdracht. In deze zaken benadrukt het HvJ EU dan allereerst dat de vraag of sprake is van een concessieopdracht of van een overheidsopdracht, uitsluitend moet worden beoordeeld op basis van het Unierecht.<sup>1073</sup> Evenals bij een overheidsopdracht geldt dat uit moet worden gegaan van de Europese definitie en afbakening die aan het begrip is gegeven; nationale kwalificaties zijn daarbij irrelevant.<sup>1074</sup>

Uit enkele van de eerste arresten over dit onderscheid, blijkt vervolgens vooral dat in gevallen waarin het exploitatierecht kan worden vastgesteld – bestaande in het innen van bedragen van derden als tegenprestatie – dat het Hof oordeelt dat sprake is van een concessieopdracht; hiervoor noemde ik reeds de voorbeelden uit de jurisprudentie waarin het beheer van een betaalde openbare parkeerplaats, de exploitatie van een openbare vervoersdienst en een kabeltelevisienet als een concessieopdracht werden aangemerkt.<sup>1075</sup> In enkele van deze zaken verduidelijkt het Hof daarbij reeds dat ook sprake moet zijn van het bestaan van de overdracht van exploitatierisico. Het Hof legt namelijk uit dat het verkrijgen van een exploitatierecht als tegenprestatie, ‘impliceert’ dat de dienstverlener het aan de exploitatie verbonden risico draagt.<sup>1076</sup> Dit wordt in latere jurisprudentie bevestigd, waarbij bovendien meer nadruk wordt gelegd op dit kenmerk van de concessieopdracht.<sup>1077</sup>

Uit deze jurisprudentie volgt dan ook dat het voor het bestaan van een concessieopdracht, en dus bij het onderscheid tussen de concessie- en overheidsopdracht, gaat om twee cumulatieve vereisten: het exploitatierecht en de overdracht van exploitatierisico.<sup>1078</sup> Aan het verkrijgen van een exploitatierecht is inherent dat een overdracht van exploitatierisico plaatsvindt. Hierin bevindt zich ook de rechtvaardiging voor de verschillende regels die op concessie- dan wel overheidsopdrachten van toepassing zijn: het feit dat ondernemers bij een concessieopdracht veel meer risico’s dragen met betrekking tot de vormgeving en exploitatie van de taak.

1072. Zie hierover expliciet: HvJ EG 7 december 2000, C-324/98, ECLI:EU:C:2000:669 (*Telaustria en Telefonadress*).

1073. Zie o.a.: HvJ EG 18 juli 2007, C-382/05 (*Commissie/Italië*), r.o. 30-31; HvJ EG 15 oktober 2009, C-196/08, ECLI:EU:C:2009:628 (*Acoset*), r.o. 38; HvJ EU 10 maart 2011, C-274/09, ECLI:EU:C:2011:130 (*Stadler/Passau*), r.o. 23; HvJ EU 10 november 2011, C-348/10, ECLI:EU:C:2011:721 (*Norma-A SIA*), r.o. 40.

1074. Zie met name: HvJ EG 18 juli 2007, C-382/05 (*Commissie/Italië*), r.o. 30-31. Zie bijv. ook: HvJ EU 14 november 2013, C-221/12, ECLI:EU:C:2013:736 (*Belgacom*), r.o. 26.

1075. Zie respectievelijk: HvJ EG 13 oktober 2005, C-458/03, ECLI:EU:C:2005:605 (*Parking Brixen*); HvJ EG 6 april 2006, C-410/04, ECLI:EU:C:2006:237 (*ANAV*); HvJ EG 13 november 2008, C-324/07, ECLI:EU:C:2008:621 (*Coditel Brabant*).

1076. Zie reeds: HvJ EG 13 oktober 2005, C-458/03, ECLI:EU:C:2005:605 (*Parking Brixen*), r.o. 40; HvJ EG 18 juli 2007, C-382/05, ECLI:EU:C:2007:445 (*Commissie/Italië*); HvJ EG 13 november 2008, C-437/07, ECLI:EU:C:2008:624 (*Commissie/Italië*).

1077. Zie o.a.: HvJ EG 10 september 2009, C 206/08, ECLI:EU:C:2009:540 (*Eurawasser*); HvJ EU 10 maart 2011, C-274/09, ECLI:EU:C:2011:130 (*Stadler/Passau*); HvJ EU 10 november 2011, C-348/10, ECLI:EU:C:2011:721 (*Norma-A SIA*).

1078. Deze cumulatieve vereisten worden ook in de literatuur benoemd, zie o.a.: Kuypers & De Wit, *TBR* 2018/72, p. 492 e.v.; Hernández González, *PPLR* 2016; Drahmman 2015, p. 89; Wolswinkel, *EPPL* 2017, p. 397.

#### 6.4.2 Overdracht exploitatierisico cruciaal: onderscheid overheids- en concessieopdracht vervaagt?

Het onderscheid tussen de overheids- en de concessieopdracht kan dus worden gevonden in de twee cumulatieve vereisten: exploitatierecht en overdracht van exploitatierisico. In latere arresten is echter een kantelpunt te zien, waarbij het HvJ EU de nadruk is gaan leggen op de vraag of sprake is van de overdracht van het exploitatierisico.<sup>1079</sup> Volgens Hernández González bleek het vereiste van het exploitatierecht en de toets of sprake was van een rechtstreekse vergoeding door de aanbestedende dienst niet goed te passen bij de complexe economische en financiële realiteit van sommige contracten waarin de vergoeding uit zowel publieke als private vergoedingen bestond.<sup>1080</sup> Zo ontstond dan ook in de jurisprudentie de noodzaak om vooral de mate van de overdracht van het exploitatierisico te toetsen om vast te stellen of sprake is van een concessieopdracht. De nadruk op het vereiste van de overdracht van exploitatierisico zorgde er vervolgens voor dat bepaalde activiteiten in de lidstaten, die kennelijk ten onrechte als concessie werden aangemerkt, niet langer als zodanig konden worden aangemerkt.<sup>1081</sup>

In de arresten van het HvJ EU wordt tevens duidelijk dat het exploitatierecht ruim moet worden opgevat en uit meerdere vormen kan bestaan.<sup>1082</sup> Een exploitatierecht omvat dus niet alleen het geval dat een concessiehouder bij derden betalingen ontvangt. Een lijn die door de EU-wetgever in de concessierichtlijn is overgenomen en dus bevestigd.<sup>1083</sup> Zo kan het exploitatierecht ook bestaan in een situatie waarin een concessiehouder rechtstreeks wordt betaald door de aanbestedende dienst, *mits* het terugverdienen van de investeringen en de kosten die door de exploitant voor de uitvoering van de werken of diensten zijn gemaakt, afhangt van de werkelijke vraag naar of het aanbod van de dienst of het goed. Ook hier is die nadruk op de overdracht van het exploitatierisico terug te zien. In de volgende paragraaf zal ik uitgebreid ingaan op een voorbeeld hiervan, omdat juist in het Nederlandse sociaal domein deze andere vorm van het uitoefenen van het exploitatierecht gevonden kan worden.

Van belang is verder dat het HvJ EU in deze arresten aanvullende criteria heeft geïntroduceerd om te kunnen bepalen wanneer sprake is van een overdracht van exploitatierisico. Hieronder zal ik een aantal belangrijke arresten bespreken,

1079. Volgens Hernández González, PPLR 2016, start dit kantelpunt met de zaak HvJ EG 13 november 2008, C-437/07, ECLI:EU:C:2008:624 (*Commissie/Italië*); zie ook: Conclusie A-G J. Mazák van 9 september 2010, C-274/09, ECLI:EU:C:2010:509 (*Stadler/Passau*), punt 23; Conclusie A-G P. Cruz Villalón van 7 juli 2011, C-348/10, ECLI:EU:C:2011:468 (*Norma-A SIA*), punt 46 en 55. In de arresten die eraan volgen wordt dit steeds duidelijker bevestigd: HvJ EG 11 juni 2009, C-300/07, ECLI:EU:C:2009:358 (*Hans & Christophorus Oymanns*); HvJ EG 10 september 2009, C-206/08, ECLI:EU:C:2009:540 (*Eurawasser*); HvJ EU 10 maart 2011, C-274/09, ECLI:EU:C:2011:130 (*Stadler/Passau*); HvJ EU 10 november 2011, C-348/10, ECLI:EU:C:2011:721 (*Norma-A SIA*).

1080. Hernández González, PPLR 2016.

1081. Hernández González, PPLR 2016. Het gaat hier bijvoorbeeld om diensten als afvalverzameling en schoonmaakdiensten die in Frankrijk, Italië en Spanje als concessies werden aangemerkt.

1082. *Eurawasser*, r.o. 53; zie hierover ook: Conclusie A-G J. Mazák van 9 september 2010, C-274/09, ECLI:EU:C:2010:509 (*Stadler/Passau*), punt 28; Conclusie A-G P. Cruz Villalón van 7 juli 2011, C-348/10, ECLI:EU:C:2011:468 (*Norma-A SIA*), punt 46.

1083. Considerans punt 18, Richtlijn 2014/23/EU.

waarin deze sub-criteria naar voren komen. Hierover ontstaan namelijk vragen in de praktijk, met name als het exploitatierisico van de activiteit in kwestie, bijvoorbeeld door nationale regelingen, van meet af aan klein is ook als de aanbestedende dienst deze activiteit zelf zou beheren. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn in sectoren met geregeleerde tarieven; ik kom hier in de volgende paragraaf op terug, omdat in het sociaal domein sprake is van een verplichting om reële tarieven te betalen aan zorgaanbieders.<sup>1084</sup> Het HvJ EU (en de EU-wetgever) lijken in dit verband vooral te benadrukken dat aanbestedende diensten voor de concessieopdracht moeten kunnen kiezen als zij dat passend vinden; het feit dat het risico van meet af aan beperkt is, mag hen daarbij niet hinderen.<sup>1085</sup>

Hier kan wel de vraag gaan rijzen wat het verschil tussen een concessie- en een overheidsopdracht nog rechtvaardigt.<sup>1086</sup> Immers als het risico beperkt is, wat rechtvaardigt dan dit onderscheid, wanneer bij een overheidsopdracht opdrachtnemers ook (grote) risico's kunnen lopen? Denk bijvoorbeeld aan grote infrastructuurele projecten in de bouwsector.

*Concessieopdracht: economische vrijheid om prestatie te exploiteren met overdracht daaraan verbonden risico's*

Een arrest waarin het Hof meer nadruk lijkt te leggen op de overdracht van exploitatierisico, en dat juist ook interessant is voor het sociaal domein gezien de karakteristieken van de opdracht, is het arrest *Hans & Christophorus Oymanns*.<sup>1087</sup> Dit arrest gaat over het sluiten van een overeenkomst door een wettelijk ziekenfonds voor de vervaardiging en levering van individueel aan behoeften van patiënten aangepast orthopedisch schoeisel, meer specifiek voor verzekerden met een diabetisch voetsyndroom. Aanleiding voor deze zaak is dat een inschrijver op de opdracht, Hans & Christophorus Oymanns, een bedrijf voor orthopedische schoenen, bij de inschrijvingsprocedure klaagt over strijd met het Europese en nationale aanbestedingsrecht. De vraag die dan voorligt is of hier sprake is van toepasselijkheid van het aanbestedingsrecht, omdat sprake zou zijn van een concessie.

Van belang voor de beantwoording van deze vraag is dan het volgende. In deze zaak wordt de opdrachtnemer betaald door het wettelijk ziekenfonds tegen een afgesproken prijs voor een bepaalde prestatie en voor een bepaalde duur. De opdrachtnemer loopt daarbij een risico met betrekking tot het aantal verzekerden die een beroep op zijn diensten doen (vraagrisico), maar dit risico is klein nu het aantal verzekerden met diabetisch voetsyndroom vooraf bekend is. Hier dringt zich dan ook een vergelijking op met de organisatie van sociale diensten door gemeenten in Nederland, omdat ook hierbij vaak sprake is van door de gemeente betaalde tarieven voor geleverde prestaties en — hoewel gegevens bekend zijn over het aantal personen dat een beroep kan doen op het verkrijgen van de dienst — toch een (beperkt) risico bestaat met betrekking tot het aantal personen dat zich daadwerkelijk tot de opdrachtnemer zal wenden. Het Hof komt in deze zaak tot de conclusie dat geen sprake is van een concessieopdracht voor diensten.

1084. Zie ook considerans punt 19, Richtlijn 2014/23/EU.

1085. Zie o.a.: *Eurawasser*, r.o. 74; *Stadler/Passau*, r.o. 34; Vgl. considerans punt 18-20, Richtlijn 2014/23/EU.

1086. Een dergelijke gedachte is ook terug te zien bij de Duitse verwijzende rechter in HvJ EU 10 maart 2011, C-274/09, ECLI:EU:C:2011:130 (*Stadler/Passau*).

1087. HvJ EG 11 juni 2009, C-300/07, ECLI:EU:C:2009:358 (*Hans & Christophorus Oymanns*).

Het Hof gaat daarbij eerst in op het verschil tussen een raamovereenkomst (overheidsopdracht) en een concessieopdracht voor diensten. Volgens het Hof is het verschil tussen deze twee dat bij de concessieovereenkomst voor diensten door een aanbestedende dienst een exploitatierecht wordt overgedragen aan een concessiehouder, waardoor deze 'over een bepaalde economische vrijheid beschikt om te bepalen hoe hij dit recht exploiteert en dus parallel sterk blootstaat aan de risico's van deze exploitatie', terwijl kenmerkend is voor een raamovereenkomst 'dat de activiteit van de marktdeelnemer die partij is bij de overeenkomst, wordt afgebakend'.<sup>1088</sup> Volgens het Hof is in deze zaak sprake van laatstgenoemde situatie, omdat de overeenkomst de voorwaarden voor de uitoefening van de activiteit van de marktdeelnemer duidelijk bepalen, de marktdeelnemer daarmee niet de economische vrijheid heeft die hoort bij een concessieopdracht en het exploitatierisico niet in hoofdzaak is overgedragen.<sup>1089</sup>

Het HvJ EU richt zich vervolgens op de toetsing van de overdracht van het exploitatierisico en beschouwt de rechtstreekse betaling als één van de elementen daarvan.<sup>1090</sup> Het Hof lijkt dus impliciet te onderkennen dat een rechtstreekse betaling niet per definitie uitsluit dat sprake is van een concessieopdracht. In dit geval is volgens het Hof het risico dat de opdrachtnemer loopt echter minimaal. Het wettelijk ziekenfonds betaalt de dienstverrichter namelijk per prestatie voor een bepaalde duur en is daarnaast ook de enige die een vergoeding verschuldigd is. De dienstverrichter loopt dan ook volgens het Hof geen risico's met betrekking tot de inning van zijn vergoeding of de insolventie van zijn individuele medecontractant. Daarnaast bestaat er voor deze ondernemer slechts een klein vraagrisko, aangezien het aantal verzekerden met een diabetisch voetsyndroom vooraf bekend is. Ten slotte speelt een rol dat hij vóór het sluiten van een individuele overeenkomst met een verzekerde geen aanzienlijke uitgaven hoeft te doen. Zodoende wordt volgens het HvJ EU dan ook niet het hoofdrisico van de exploitatie van de betrokken activiteiten aan de marktdeelnemer overgedragen en is dus geen sprake van een concessieovereenkomst voor diensten.

Uit dit arrest volgt dan ook dat er, bijvoorbeeld als gebruik wordt gemaakt van een concessieopdracht voor sociale diensten, een bepaalde autonomie moet zijn voor de marktdeelnemer om zijn prestatie te exploiteren en hij het daaraan verbonden risico in hoofdzaak moet dragen. Het HvJ EU toetst bij de beoordeling van de overdracht van het exploitatierisico onder meer het vraagrisko. Het Hof wijkt daarmee af van de conclusie van de A-G, die vaststelde dat het feit dat de beroepsbeoefenaar niet bij voorbaat weet of en in welke omvang de verzekerde gebruik zal maken van zijn diensten, juist een van de kenmerken is van een raamovereenkomst.<sup>1091</sup> Het Hof ziet dit echter als onderdeel van de toets of sprake is van de overdracht van exploitatierisico. Zoals hiervoor reeds kort opgemerkt is juist bij een rechtstreekse betaling dus van groot belang dat nog een vraag- (en/of aanbod)-risico bestaat: alleen dan kan sprake zijn van een concessieopdracht.

1088. *Hans & Christophorus Oymanns*, r.o. 71.

1089. *Hans & Christophorus Oymanns*, r.o. 73 e.v.

1090. *Hans & Christophorus Oymanns*, r.o. 74.

1091. Conclusie A-G J. Mazák van 16 december 2008, C-300/07, ECLI:EU:C:2008:732.

*Exploitatierisico bij concessieopdracht kan minimaal zijn, mits risico in zijn geheel of voor een groot deel wordt overgedragen*

In een aantal navolgende arresten is geen sprake van een rechtstreekse betaling door de aanbestedende dienst, maar een betaling door derden. Toch blijkt ook hier duidelijk dat het daarbij gaat om een van de vormen waarop het exploitatierecht kan worden uitgeoefend. Het HvJ EU verduidelijkt verder dat ook als het exploitatierisico van de taak – bijvoorbeeld ten gevolge wettelijke regelingen – van meet af aan klein is ook als het risico bij de aanbestedende dienst was gebleven, dat ook dan nog sprake kan zijn van een concessieopdracht. Het Hof benadrukt daarbij dat aanbestedende diensten ook dan de keuze moeten hebben om de diensten door middel van een concessieopdracht te organiseren. Hier komt het belang van de keuzevrijheid voor aanbestedende diensten in de lidstaten naar voren, om in een concreet geval het meest geschikte instrument te kiezen. Ook formuleert het HvJ EU in met name de zaken, *Stadler/Passau* en *Norma-A SIA* een aantal belangrijke aanvullende criteria om te kunnen bepalen of sprake is van het bedoelde overdracht van exploitatierisico.<sup>1092</sup>

Allereerst komt dit duidelijk aan de orde in de zaak *Eurawasser*.<sup>1093</sup> In deze zaak wil WAZV Gotha, een gemeentelijk samenwerkingsverband dat tot taak heeft het verzorgen van de drinkwatervoorziening en de afvoer van afvalwater voor de bevolking van zijn grondgebied, een concessie voor deze taak in de markt zetten en wel voor de duur van 20 jaar. Om deze concessie te gunnen wordt geen formele maar een informele aanbestedingsprocedure gevolgd; een concessieovereenkomst voor diensten viel immers niet onder de werkingssfeer van de aanbestedingsrichtlijnen. *Eurawasser*, een van de inschrijvers, klaagt in deze zaak over de gevolgde procedure en vervolgens stelt een Duitse rechtbank – kort samengevat – de vraag aan het HvJ EU wanneer precies sprake is van een concessieovereenkomst dan wel van een overheidsopdracht voor diensten.<sup>1094</sup>

In antwoord op deze vraag stelt het Hof onder verwijzing naar eerdere rechtspraak eerst vast dat in casu is voldaan aan het bestaan van een exploitatierecht als bedoeld in de definitie van de concessieopdracht. De concessiehouder krijgt namelijk geen rechtstreekse vergoeding van de aanbestedende dienst, maar heeft het recht om op privaatrechtelijke basis vergoedingen van derden te innen. Het Hof merkt op dat dit *een van de vormen* betreft waaruit een exploitatierecht kan bestaan; dit moet dus niet als enige vorm worden gezien waarop het exploitatierecht kan worden uitgeoefend.<sup>1095</sup>

Vervolgens overweegt het Hof onder verwijzing naar eerdere rechtspraak dat het exploitatierecht impliceert dat de dienstverrichter ook het aan de exploitatie van de betrokken diensten verbonden risico draagt.<sup>1096</sup> Er moet dus naast het exploitatierecht ook een exploitatierisico zijn overgedragen. Daarop concentreert zich

1092. HvJ EU 10 maart 2011, C-274/09, ECLI:EU:C:2011:130 (*Stadler/Passau*); HvJ EU 10 november 2011, C-348/10, ECLI:EU:C:2011:721 (*Norma-A SIA*).

1093. HvJ EG 10 september 2009, C 206/08, ECLI:EU:C:2009:540 (*Eurawasser*).

1094. Interessant is overigens de wijze waarop de Duitse rechter de vragen stelt; hij wil heel specifiek weten wanneer precies gesproken kan worden van een concessieovereenkomst en of het bijvoorbeeld al voldoende is dat de dienstverrichter de vergoeding bij derden moest innen.

1095. *Eurawasser*, r.o. 51.

1096. *Eurawasser*, r.o. 58-59.

vervolgens de beoordeling van het geschil als in deze zaak wordt betoogd dat hoewel het risico wordt overgedragen, sprake is van een klein risico dat niet voldoende zou zijn om te spreken van een concessieovereenkomst.<sup>1097</sup> Bijzonderheid in deze zaak is namelijk dat er in Duitsland een specifieke regeling geldt voor drinkwatervoorziening en de afvoer daarvan, die ertoe leidt dat de betrokken dienstverrichting zeer beperkt economische risico's inhoudt, ook wanneer die dienst door de aanbestedende dienst zou worden verricht.

In dat verband overweegt het Hof dan dat 'het gebruikelijk is dat voor bepaalde activiteitensectoren, met name sectoren die verband houden met activiteiten van openbaar nut, zoals de watervoorziening en de afvoer van afvalwater, regelingen gelden die een beperking van de economische risico's tot gevolg kunnen hebben'.<sup>1098</sup> Het Hof erkent het nut daarvan: dergelijke regelingen kunnen de economische en financiële exploitatie van de dienst en het toezicht op de exploitatie daarvan vergemakkelijken en zij verkleinen het aantal factoren dat de transparantie kan aantasten en de mededinging kan vervalsen. Het Hof benadrukt vervolgens dat het 'te goeder trouw handelende aanbestedende diensten' ook dan vrij moet staan om de dienstverrichting door middel van een concessie te verzekeren, namelijk als zij van mening zijn dat dit de beste manier is om de betrokken openbare dienst te organiseren. Dit moet volgens het Hof zelfs het geval zijn wanneer het aan de exploitatie verbonden risico heel beperkt is. Daaraan voegt het Hof toe dat het ook niet redelijk zou zijn om van een overheidsinstantie, die een taak via een concessie wenst te organiseren, te verlangen dat zij in dat geval strengere mededingingsvoorwaarden met een groter economisch risico gaat toepassen dan die in deze sector gelden. De vraag die kan worden gesteld is of dat überhaupt een mogelijkheid zal zijn, maar de strekking van de redenering van het Hof is duidelijk: een sectorale regeling die maakt dat er slechts een beperkt risico kan worden overgedragen, mag niet in de weg staan aan de keuze voor een concessieopdracht.

Ten slotte legt het Hof evenwel uit dat – hoewel sprake kan zijn van een beperkt risico dat wordt overgedragen – voor de vraag of sprake is van een concessieovereenkomst voor diensten wel noodzakelijk is dat de aanbestedende dienst het op hem rustende exploitatierisico in zijn geheel of althans voor een aanzienlijk deel overdraagt op de concessiehouder.<sup>1099</sup> Zodoende geldt dus om te kunnen spreken van het bedoelde overdracht van exploitatierisico dat het op de aanbestedende dienst rustende risico in zijn geheel dan wel voor een aanzienlijk deel moet worden overgedragen, maar dat dit wel een beperkt risico kan zijn. Dit laat het Hof in deze zaak ter beoordeling van de nationale rechter. Het Hof geeft ten slotte in deze zaak een eerste aanwijzing over wat niet onder een exploitatierisico moet worden verstaan, namelijk de algemene risico's die horen bij een contract en die zich ook bij een overheidsopdracht kunnen voordoen, bijvoorbeeld als gevolg van wijzigingen van de regeling tijdens de uitvoering van de overeenkomst.<sup>1100</sup>

1097. *Eurawasser*, r.o. 70.

1098. *Eurawasser*, r.o. 72 e.v.

1099. *Eurawasser*, r.o. 77.

1100. *Eurawasser*, r.o. 79.

*Aanvullende criteria overdracht exploitatierisico*

In het *Stadler/Passau*-arrest bevestigt het HvJ EU deze lijn en verduidelijkt het op basis van welke criteria moet worden vastgesteld of sprake is van de overdracht van het exploitatierisico.<sup>1101</sup> Interessant in deze zaak is dat de prejudiciële vraag van de verwijzende Duitse rechter lijkt voort te komen uit diens vaststelling dat wanneer slechts sprake is van een beperkt risico dat kan worden overgedragen, het gehanteerde instrument wel heel dicht in de buurt komt van een overheidsopdracht.<sup>1102</sup> Met andere woorden: wat is dan nog het verschil met een overheidsopdracht?

In deze zaak, die gaat om een overeenkomst voor de levering van diensten van medische spoedhulp in een bepaald gebied in Duitsland, kunnen deze diensten namelijk worden georganiseerd door middel van een ‘*Konzessionsmodell*’ of een ‘*Submissionmodell*’, waarbij het eerste dan een concessie- en het tweede een overheidsopdracht voor diensten zou zijn. Het verschil daartussen bestaat erin dat de dienstverrichter in het eerste geval wordt betaald uit de bedragen die via een centraal betalingsorgaan van de gebruikers van de dienst worden geheven en dat de dienstverrichter over de tarieven afspraken maakt met het sociale zekerheidsorgaan, terwijl bij het *Submissionmodell* de dienstverrichters de vergoeding rechtstreeks verkrijgen van de aanbestedende dienst die verantwoordelijk is voor de diensten van medische spoedhulp. Aangezien echter het risico dat een dienstverrichter bij het *Konzessionmodell* loopt beperkt is, lijkt de verwijzende rechter zich dan ook in wezen af te vragen of dit een onderscheiden behandeling van overeenkomsten gegund door middel van deze twee modellen, rechtvaardigt. De verwijzende rechter stelt in dat verband dan ook enkele specifieke vragen die betrekking hebben op de vraag wanneer sprake is van een concessieopdracht. Op basis van eerdere rechtspraak toetst het Hof in deze zaak of sprake is van een exploitatierecht en de overdracht van het exploitatierisico, maar legt het wederom de nadruk op dit laatste vereiste.

Ten aanzien van het eerste overweegt het Hof dat de omstandigheid dat de opdrachtnemer niet rechtstreeks door de aanbestedende dienst wordt vergoed, maar het recht heeft om vergoedingen van derden te innen voldoet aan de bedoelde tegenprestatie bij een concessieopdracht.<sup>1103</sup> Daarbij maakt het volgens het HvJ EU niet uit dat de hoogte van de gebruiksvergoedingen niet eenzijdig wordt vastgesteld door de verrichter van diensten van medische spoedhulp, maar worden vastgesteld in onderhandelingen met de socialezekerheidsorganen die zelf ook aanbestedende dienst zijn en dat die vergoedingen niet rechtstreeks door de gebruikers van die diensten aan de gekozen dienstverrichter worden betaald, maar in regelmatige deelbetalingen worden uitgekeerd door een centraal betalingsorgaan dat die vergoedingen moet innen en uitbetalen.<sup>1104</sup> Dit neemt volgens het Hof namelijk niet weg dat alle vergoedingen van de dienstverrichter afkomstig zijn van andere subjecten dan de aanbestedende dienst die hem de opdracht heeft gegund.

1101. HvJ EU 10 maart 2011, C-274/09, ECLI:EU:C:2011:130 (*Stadler/Passau*).

1102. *Stadler/Passau*, r.o. 11 e.v.

1103. *Stadler/Passau*, r.o. 25 e.v. De verrichter van diensten van medische spoedhulp wordt bij gebruik van een *Konzessionmodell* immers niet vergoed door de aanbestedende dienst, maar uit de gebruiksvergoedingen die hij mag heffen van de socialezekerheidsorganen.

1104. *Stadler/Passau*, r.o. 28.



Vervolgens gaat het Hof uitgebreid in op het tweede vereiste: het bestaan van de overdracht van exploitatierisico, en legt daar de nadruk op bij de toetsing of sprake is van een concessieopdracht. Daarin wijkt het Hof af van de A-G die het feit dat de betalingen van derden komen, reeds voldoende achtte om te spreken van een concessieopdracht.<sup>1105</sup>

Ter beoordeling van het overdracht van exploitatierisico, herhaalt het HvJ EU eerst uit het *Eurawasser*-arrest dat dit risico van meet af aan heel beperkt kan zijn, maar dat voor de kwalificatie als concessieovereenkomst voor diensten is vereist dat de aanbestedende dienst het op hem rustende risico in zijn geheel of althans voor een aanzienlijk deel overdraagt op de concessiehouder.<sup>1106</sup> Daarbij lijkt het Hof in deze zaak erop te wijzen dat de overdracht van een van meet af aan beperkt risico alleen voldoende is in situaties waarin de vergoeding van de dienstverrichter uitsluitend van derden afkomstig is, en dus niet in situaties waarin ook de aanbestedende dienst deels compenseert.<sup>1107</sup> In die zin is dat ook wel begrijpelijk: als immers sprake is van een (gedeeltelijke) compensatie door de aanbestedende dienst, dan zal het (beperkte) risico dat er is, niet voor een aanzienlijk deel worden overgedragen, maar wordt het risico verder verkleind. Toch is, zoals hierna zal blijken, een dergelijk vereiste in de concessierichtlijn niet opgenomen en er lijkt dus ook in dat geval nog mogelijkheid te zijn om voor een concessieopdracht te kiezen, mits het potentieel te lijden risico niet te verwaarlozen is.

Het Hof herhaalt vervolgens uit het arrest *Eurawasser* dat ook in het geval er publiek-rechtelijke regelingen zijn vastgesteld waardoor het exploitatierisico beperkt is, een aanbestedende dienst voor een concessieopdracht moet kunnen kiezen als dat de beste manier is om een bepaalde activiteit te organiseren.<sup>1108</sup>

Het Hof stelt in deze zaak vervolgens enkele belangrijke criteria vast, die het kenmerkend ontleent uit eerdere rechtspraak, om vast te stellen of van een overdracht van exploitatierisico sprake is. Daarnaast geeft het ook wat aanwijzingen over hoe dat in deze zaak moet worden beoordeeld.<sup>1109</sup> Het Hof overweegt namelijk dat het economische exploitatierisico van de dienst moet worden opgevat als het risico van blootstelling aan de grillen van de markt, dat zijn neerslag kan vinden in: het gevaar voor mededinging van andere marktdeelnemers (i), het gevaar voor wanverhouding tussen vraag en aanbod van diensten (ii), het risico van insolventie van degenen die de verrichte diensten moeten betalen (iii), het risico dat de exploitatiekosten niet volledig door de inkomsten worden gedekt (iv) of ook het risico van aansprakelijkheid voor schade wegens gebrekkige dienstverlening (v).<sup>1110</sup> Specifieker dan in het *Eurawasser*-arrest wijst het HvJ EU in dit arrest erop dat risico's die verbonden zijn aan een slecht beheer of beoordelingsfouten van de marktdeelnemer, niet bepalend zijn voor de kwalificatie van een overeenkomst als overheidsopdracht

1105. Zie: Conclusie A-G J. Mazák van 9 september 2010, C-274/09, ECLI:EU:C:2010:509 (*Stadler/Passau*), punt 35 e.v.

1106. *Stadler/Passau*, r.o. 29.

1107. *Stadler/Passau*, r.o. 33. Het HvJ EU verwijst daarbij naar *Eurawasser* maar daarin staat dat niet met zoveel woorden.

1108. *Stadler/Passau*, r.o. 34-35.

1109. Het Hof verwijst naar: *Hans & Christophorus Oymanns*.

1110. *Stadler/Passau*, r.o. 37.

voor diensten of als concessieovereenkomst voor diensten, nu dergelijke risico's inherent zijn aan elke overeenkomst, ongeacht of het daarbij gaat om een overheidsopdracht voor diensten dan wel om een concessieovereenkomst voor diensten.<sup>1111</sup>

Bij toepassing van deze criteria oordeelt het Hof dat van de overdracht van het exploitatierisico in deze zaak wel sprake kan zijn, ook al is het exploitatierisico beperkt. Van belang is daarbij onder meer dat de verrichter van diensten van medische spoedhulp risico's loopt bij onderhandelingen met de sociale zekerheidsorganen over de te innen gebruikersvergoedingen en dat de dienstverrichter zich daartegen niet kan beschermen door af te zien van het uitvoeren van de activiteit.<sup>1112</sup> Verder garandeerde de geldende publiekrechtelijke regeling niet de volledige dekking van de kosten van de marktdeelnemer; de dienstverrichter loopt dan ook het risico dat de werkelijke kosten de vermoedelijke kosten die gehanteerd zijn voor de berekening van de gebruikersvergoedingen, overschrijden.<sup>1113</sup> Dat risico is volgens het Hof reëel omdat de vraag naar diensten van medische spoedhulp aan schommelingen onderhevig kan zijn. Daarnaast is van belang dat de dienstverrichter ook geen garantie heeft dat de verliezen in het daaropvolgende jaar worden gecompenseerd, omdat de socialezekerheidsorganen er niet toe verplicht zijn een eventueel tekort in de loop van het daaropvolgende jaar aan te zuiveren. Ook overweegt het HvJ EU dat de gekozen dienstverrichter tot op zekere hoogte is blootgesteld aan het debiteurenrisico wat de gebruikersvergoedingen betreft. Er zijn namelijk ook een niet te verwaarlozen aantal gebruikers van de diensten die particulier of niet-verzekerd zijn.<sup>1114</sup> Ten slotte is in deze zaak van belang dat niet is uitgesloten dat het meerdere marktdeelnemers wordt toegestaan om in hetzelfde gebied hun diensten aan te bieden.<sup>1115</sup> Tekenend is in dat verband dat het gemeentelijk samenwerkingsverband Passau in deze zaak met twee dienstverrichters overeenkomsten had gesloten.

Ondanks dat de verwijzende rechter dus wijst op de overeenkomsten tussen het gehanteerde *Konzessionmodell* – dat dus een concessieopdracht kan zijn – en een *Submissionmodell* – een overheidsopdracht voor diensten – is een onderscheiden behandeling volgens het HvJ EU dus wel gerechtvaardigd. De vraag die hier gesteld kan worden is of het onderscheid tussen de overheidsopdracht en de concessieopdracht in die gevallen echter aan het vervagen is en wat een onderscheiden behandeling – bijvoorbeeld ten aanzien van de drempelbedragen – tussen de twee instrumenten in dat geval nog rechtvaardigt.

Kort op *Stadler/Passau* volgt het arrest *Norma-A SIA*, een zaak waarin een overeenkomst voor het verrichten van openbare busvervoersdiensten in een streek in Letland centraal staat.<sup>1116</sup> Daarin herhaalt het Hof ook de hierboven genoemde criteria om vast te stellen of sprake is van een overdracht van exploitatierisico en past het deze criteria toe. Overigens hoeft het Hof daarbij in deze zaak niet uitgebreid stil te

1111. *Stadler/Passau*, r.o. 38.

1112. *Stadler/Passau*, r.o. 39-41.

1113. *Stadler/Passau*, r.o. 42-45.

1114. *Stadler/Passau*, r.o. 46.

1115. *Stadler/Passau*, r.o. 47.

1116. HvJ EU 10 november 2011, C-348/10, ECLI:EU:C:2011:721 (*Norma-A SIA*).

staan bij alle criteria, maar beziet het in het algemeen of sprake is van een blootstelling aan de grillen van de markt.<sup>1117</sup> In deze zaak is namelijk van belang dat naast het recht om de dienst te exploiteren door middel van het innen van vergoedingen van de gebruikers van de vervoersdiensten, de dienstverrichter, krachtens nationaal recht en de contractuele voorwaarden ook recht heeft op allerlei compensaties van de aanbestedende dienst. Op grond van de nationale wettelijke regeling en de overeenkomst is dan ook sprake van een beperkt exploitatierisico. Ten aanzien daarvan overweegt het HvJ EU dat het economische risico van meet af aan beperkt kan zijn, maar dat voor het bestaan van een concessieopdracht vereist is dat de aanbestedende dienst het op hem rustende exploitatierisico in zijn geheel of voor een aanzienlijk deel overdraagt.<sup>1118</sup>

Dit is in deze zaak volgens het Hof, behoudens het door de nationale rechter te verrichten onderzoek, niet het geval. Op grond van bepalingen uit het nationaal publiekrecht en de contractuele bepalingen geldt namelijk dat de dienstverrichter het exploitatierisico niet voor een aanzienlijk deel draagt.<sup>1119</sup> Volgens het Hof is met name van belang dat de aanbestedende dienst op grond van de contractuele bepalingen middelen op de staatsbegroting reserveert om de vervoerder te vergoeden voor verliezen en verwante kosten gerelateerd aan de openbaarvervoersdienst, en dat inkomsten die de vervoerder uit het verrichten van de openbaarvervoersdiensten heeft verkregen daarbij niet meegerekend worden. Daarnaast ontvangt de vervoerder op grond van regels van het nationale recht ook een vergoeding voor de met de uitvoering van de opdracht samenhangende verliezen en is in het nationale recht voorzien in de betaling aan de opdrachtnemer van een bedrag op basis van de winst. Volgens het Hof kan op basis van de contractuele clausules en bepalingen van nationaal recht dan ook niet worden geconcludeerd dat een aanzienlijk deel van het risico van blootstelling aan de grillen van de markt door de opdrachtnemer wordt gedragen.<sup>1120</sup>

Interessant aan dit arrest is dat kennelijk een combinatie van regels uit het nationale recht, waardoor slechts sprake is van een beperkt risico, en het bestaan van verdere contractuele waarborgen tegen verliezen voor de concessiehouder, er snel toe kan leiden dat geen sprake kan zijn van een concessieopdracht.

#### 6.4.3 Codificatie in concessierichtlijn: ruime uitleg overdracht van exploitatierisico

De EU-wetgever heeft in de concessierichtlijn deze jurisprudentie van het HvJ EU bevestigd. Ook is in de considerans duidelijk te lezen dat zelfs in het geval sprake is van een rechtstreekse betaling door de aanbestedende dienst voor de werken of diensten, sprake kan zijn van een concessieopdracht wanneer het terugverdienen van de investeringen en de kosten die door de opdrachtnemer voor de uitvoering van de werken of diensten zijn gemaakt, afhangt van de werkelijke vraag naar of het aanbod van de dienst of het goed.<sup>1121</sup> Uit de alinea die in de concessierichtlijn

1117. *Norma-A SIA*, r.o. 51 e.v.

1118. *Norma-A SIA*, r.o. 50.

1119. *Norma-A SIA*, r.o. 51 e.v.

1120. *Norma-A SIA*, r.o. 55.

1121. Considerans punt 18, Richtlijn 2014/23/EU.

aan de definitie van de concessieopdracht is toegevoegd, kunnen vier cumulatieve vereisten worden afgeleid, die overigens nauw met elkaar samenhangen en elkaar kunnen overlappen, om te kunnen bepalen of sprake is van de overdracht van exploitatierisico:

1. het operationeel risico moet voortvloeien uit de exploitatie van de werken of diensten;
2. het exploitatierisico bestaat uit een aanbod- en/of vraagrisko;
3. er bestaat geen garantie dat gedane investeringen en/of exploitatiekosten worden terugverdiend;
4. het exploitatierisico behelst een werkelijke blootstelling aan de grillen van de markt, hetgeen betekent dat potentiële verliezen niet louter nominaal of verwaarloosbaar zijn.<sup>1122</sup>

De EU-wetgever heeft op deze wijze dus meer rechtszekerheid willen bieden om het onderscheid tussen de overheidsopdracht en de concessieopdracht in de praktijk te kunnen maken en een meer uniforme toepassing van EU-recht in de lidstaten te verwezenlijken.<sup>1123</sup> Hieronder ga ik in op de strekking van deze vereisten aan de hand van de jurisprudentie van het HvJ EU. Daarbij zullen ook de aanwijzingen die daarover in de considerans zijn gegeven, worden betrokken.

#### 6.4.3.1 *Operationeel risico moet voortvloeien uit de exploitatie van de werken of diensten*

Het eerste vereiste, dat het moet gaan om risico's die voortvloeien uit de exploitatie van de werken of diensten, is in de hiervoor besproken jurisprudentie zijdelings aan de orde gekomen. Het HvJ EU oordeelde namelijk in *Stadler/Passau* en *Norma-A SIA* dat risico's die verbonden zijn aan een slecht beheer of beoordelingsfouten van de marktdeelnemer niet bepalend zijn voor de kwalificatie van een overeenkomst als overheidsopdracht voor diensten of als concessieovereenkomst voor diensten, nu dergelijke risico's immers inherent zijn aan elke overeenkomst, of het daarbij nu gaat om een overheidsopdracht voor diensten dan wel om een concessieovereenkomst voor diensten.<sup>1124</sup> In de considerans bij de concessierichtlijn is te lezen dat het exploitatierisico moet voortvloeien uit factoren waarop partijen geen enkele invloed hebben. Het gaat bijvoorbeeld niet om risico's die verband houden met slecht beheer, niet-naleving van het contract door de ondernemer of gevallen van overmacht, omdat deze risico's inherent zijn aan elk type contract.<sup>1125</sup>

Zo zou het dus ook bij een concessieopdracht voor sociale diensten bijvoorbeeld niet kunnen gaan om (de verdeling van) aansprakelijkheidsrisico's; dit betreft namelijk niet het bedoelde exploitatierisico, maar risico's die onderdeel zijn van elk contract. Een ander voorbeeld dat niet aan dit vereiste van het exploitatierisico voldoet, is bijvoorbeeld de onzekerheid of de aanbestedende dienst een publiek-rechtelijke (planologische) bevoegdheid zal inzetten, zoals het al dan niet afgeven

1122. Art. 5 lid 1 tweede alinea. Zie hierover ook Kuypers & De Wit, *TBR* 2018/72, p. 495.

1123. Zie ook preambule punt 18.

1124. *Stadler/Passau*, r.o. 38; *Norma-A SIA*, r.o. 49.

1125. Considerans punt 20, Richtlijn 2014/23/EU.

van een vergunning.<sup>1126</sup> Het exploitatierisico dat voortvloeit uit de exploitatie, is daarentegen te omschrijven als het risico van vraag en/of aanbod en de blootstelling aan de grillen van de markt.<sup>1127</sup> Dit betreft het tweede vereiste.

#### 6.4.3.2 *Exploitatierisico bestaat uit een aanbod- en/of vraagriscico*

Het exploitatierisico moet dus zien op de economische risico's die samenhangen met de vraag- en/of aanbodzijde van de markt, ook wel de grillen van de markt. Met het exploitatierisico wordt dan ook bedoeld dat de opdrachtnemer het risico draagt dat er meer vraag is dan aanbod en/of het risico dat er meer aanbod is dan vraag, en in het bijzonder het risico dat de verrichting van de diensten niet aansluit op de vraag.<sup>1128</sup> Daarbij kan echter de vraag worden gesteld of het aanbodriscico niet een vorm van risico is dat bij elk contract – concessie- of overheidsopdracht – aanwezig is.<sup>1129</sup> Voorbeelden in de jurisprudentie wijzen uit dat wanneer alle voorwaarden waaronder de ondernemer zijn prestatie moet leveren al vastliggen zoals de prijzen en de duur van een behandeling en daarbij het aantal potentiële gebruikers van tevoren bekend is, niet zal kunnen worden gesproken van een concessieopdracht, omdat dan de ondernemer niet werkelijk blootgesteld is aan de risico's van vraag- en/of aanbod.<sup>1130</sup> Ook als de aanbestedende dienst de risico's van vraag en aanbod vervolgens compenseert, is geen sprake van de overdracht van exploitatierisico.<sup>1131</sup> In het arrest *Stadler/Passau*, waarin volgens het Hof wel sprake kon zijn van een concessieopdracht, wijst het Hof er in verband met dit vereiste op dat de vraag naar diensten van medische spoedhulp aan schommelingen onderhevig zijn; er is dus sprake van een vraagriscico.<sup>1132</sup> Daarnaast is in dat arrest ook van belang dat het meerdere partijen toegestaan was om in hetzelfde gebied hun diensten aan te bieden; ook dit beïnvloedt de vraag en houdt dus een vraagriscico in.<sup>1133</sup> Een ondernemer kan overigens soms op deze risico's wel enige mate van invloed uitoefenen, omdat hij kan inspelen op de bestaande vraag en deze kan proberen te vergroten, maar hij wordt daarbij steeds blootgesteld aan externe risicofactoren die de vraag- en aanbodzijde van de markt bepalen.<sup>1134</sup>

De EU-wetgever heeft er niet voor gekozen de individuele criteria uit de jurisprudentie te codificeren, maar dit samen te vatten onder het overkoepelende vereiste van het risico van vraag en/of aanbod. De criteria uit de jurisprudentie: het gevaar voor mededinging van andere marktdeelnemers (i), het gevaar voor wanverhouding tussen vraag en aanbod van diensten (ii), het risico van insolventie van degenen die de verrichte diensten moeten betalen (iii), het risico dat de exploitatiekosten niet volledig door de inkomsten worden gedekt (iv) kunnen echter geschaard worden

1126. Zie hierover bijvoorbeeld in HvJ EU 25 maart 2010, C-451/08, ECLI:EU:C:2010:168 (*Helmut Müller*), r.o. 70-80. Een zaak waarin werd geoordeeld dat (naast van een overheidsopdracht ook) geen sprake was van een concessieopdracht.

1127. Zie art. 5 lid 1, tweede alinea in combinatie met considerans, punt 20 Richtlijn 2014/23/EU.

1128. Zie preambule punt 20, Richtlijn 2014/23/EU.

1129. Zie hierover *Hernández González* 2016.

1130. Zie in het bijzonder de zaak: *Hans & Christophorus Oymanns*.

1131. Zie de zaak: *Norma-A SIA*.

1132. *Stadler/Passau*, r.o. 43.

1133. *Stadler/Pasasau*, r.o. 47.

1134. Zie hierover ook *Kuypers & De Wit*, TBR 2018/72, p. 498.

onder het risico van vraag en/of aanbod. In de jurisprudentie wordt ook het risico van aansprakelijkheid voor schade wegens gebrekkige dienstverlening genoemd (v). Ik betwijfel echter of dit risico onder het bedoelde vraag en/of aanbodriscico kan worden geschaard, aangezien dit een element betreft dat inherent is aan elke overeenkomst en niet samenhangt met de feitelijke exploitatie.

Wat betreft de organisatie van sociale diensten in Nederland geldt dat in beginsel sprake kan zijn van een vraag en/of aanbodriscico. Hoewel er doorgaans gegevens bekend zijn over het aantal cliënten dat om hulp vraagt, bestaat er enige mate van onzekerheid over de toekomstige vraag. Daarbij komt dat ook niet altijd duidelijk is of minder zware of zwaardere zorg nodig zal zijn en hoe lang zorg noodzakelijk is (dit zal vooral bij jeugdzorg spelen), zodat in die zin een vraagriscico kan bestaan. Hierna ga ik dieper in op de vraag of er ruimte is voor een concessieopdracht voor sociale diensten.

#### 6.4.3.3 *Geen garantie dat gedane investeringen en/of exploitatiekosten worden terugverdiend*

Nauw verwant aan het vorige vereiste is vervolgens het vereiste dat er geen garantie bestaat dat gedane investeringen of exploitatiekosten kunnen worden terugverdiend. Wanneer namelijk gecompenseerd wordt voor het hiervoor besproken aanbod- en/of vraagriscico, dan wordt het exploitatieriscico weer weggenomen en kan niet worden gesproken van een concessieopdracht. Dit vereiste houdt dus in wezen in dat eventuele verliezen (of winsten) voor rekening van de opdrachtnemer moeten zijn. Er mag dus geen sprake zijn van (directe) compensatie, zowel voor- als achteraf. Ook dit vereiste komt duidelijk naar voren in het arrest *Stadler/Passau*. Zo was in deze zaak de afwezigheid van een garantie dat eventuele exploitatietekorten achteraf werden gedekt een belangrijk criterium voor het HvJ EU om te oordelen dat sprake was van een concessieopdracht.<sup>1135</sup>

Interessant is dat in de considerans van de concessierichtlijn ook is uitgelegd waarom dit het geval is met het oog op de onderscheiden regels die op concessie- dan wel overheidsopdrachten van toepassing zijn. De toepassing van specifieke regels voor de gunning van concessies zou namelijk volgens de considerans niet gerechtvaardigd zijn indien de aanbestedende dienst de ondernemer van elk potentieel verlies zou ontlasten door minimuminkomsten te garanderen gelijk aan of hoger dan de gedane investeringen en de kosten die samenhangen met de exploitatie van de taak.<sup>1136</sup> Daarbij staat expliciet vermeld dat wel een deel van het risico bij de aanbestedende dienst mag blijven berusten. Het gaat er dus om dat er een risico voor de opdrachtnemer overblijft met betrekking tot de exploitatie van de taak. Zoals eerder is aangehaald mag dit zelfs zover gaan dat als een concessieopdracht mag worden aangemerkt een activiteit die in zijn geheel wordt beloond door de aanbestedende dienst, maar waarbij het terugverdienen van de investeringen en de kosten die de exploitant moet maken, werkelijk afhangen van de vraag naar of het aanbod van de dienst of het goed.<sup>1137</sup>

1135. *Stadler/Passau*, r.o. 42-45.

1136. Considerans, punt 18 Richtlijn 2014/23/EU.

1137. *Idem*.

Dit vereiste is dan ook belangrijk voor de organisatie van sociale diensten in Nederland. Juist op dit terrein is namelijk vaak sprake van compensatie en garanties die ervoor zorgen dat het risico voor een opdrachtnemer wordt beperkt. In dat geval kan geen sprake zijn van een concessieopdracht. Het enkele feit dat een zorgaanbieder echter wordt beloond naar rato van geleverde diensten hoeft dus nog niet uit te sluiten dat sprake is van een concessieopdracht. Dan moet namelijk worden bezien of alsnog een risico van vraag en/of aanbod blijft bestaan, hetgeen ertoe leidt dat de zorgaanbieder het risico loopt dat hij zijn kosten of investeringen niet terugverdient.

6.4.3.4 *Exploitatierisico behelst werkelijke blootstelling aan de grillen van de markt: potentiële verliezen zijn niet louter nominaal of verwaarloosbaar*

Met in achtneming van de vorige vereisten moet het aldus gaan om een werkelijke blootstelling aan de grillen van de markt. Daarbij mag de verrichting van de taak wel (deels of geheel) door de aanbestedende dienst worden betaald, zolang deze vergoeding niet zover gaat dat daarmee alle tekorten van de concessiehouder worden gecompenseerd.<sup>1138</sup> Wanneer elk risico bijvoorbeeld door het nationale recht of door de aanbestedende dienst wordt weggenomen, dan kan geen sprake meer zijn van een concessieopdracht. In de considerans bij de concessierichtlijn staat daarover vermeld dat wanneer sectorspecifieke regelgeving het risico uitschakelt door te voorzien in een waarborg voor de concessiehouder wat betreft de rentabiliteit van de investeringen en de kosten die voor de exploitatie van de overeenkomst zijn gemaakt, een overeenkomst niet als een concessie in de zin van de richtlijn mag worden aangemerkt.<sup>1139</sup>

Wel mag dit risico, zoals bleek uit de hiervoor besproken jurisprudentie, een beperkt risico inhouden, namelijk als het risico van meet af aan beperkt is ook als het risico blijft rusten bij de aanbestedende dienst.<sup>1140</sup> Dit kan het geval zijn in sectoren met gereguleerde tarieven.<sup>1141</sup> Daarbij lijkt de concessierichtlijn een iets minder strikte eis te hanteren dan in de jurisprudentie is geformuleerd. Uit de jurisprudentie, *Eurawasser*, *Stadler/Passau* en *Norma-A SIA*, volgde namelijk dat bij een beperkt risico het resterende risico in zijn geheel of ten minste voor een aanzienlijk deel moet worden overgedragen.<sup>1142</sup> Dit vereiste is echter in de concessierichtlijn niet terug te vinden. Uit de wettekst van de richtlijn en de considerans blijkt enkel de ondergrens dat potentiële verliezen niet louter nominaal of verwaarloosbaar mogen zijn; zij mogen dus niet volledig zijn uitgeschakeld.<sup>1143</sup> Daarbij geldt echter dat bij een beperkt risico in veel gevallen automatisch volgt dat dit in zijn geheel of voor een aanzienlijk deel moet worden overgedragen, omdat anders het risico louter nominaal of verwaarloosbaar zal worden.

1138. Zie hierover ook: Kuypers & De Wit, *TBR* 2018/72, p. 499.

1139. Considerans, punt 19 Richtlijn 2014/23/EU.

1140. Zie o.a.: *Eurawasser*, r.o. 72 e.v.; *Stadler/Passau*, r.o. 33 e.v.

1141. Zie ook: Considerans punt 19, Richtlijn 2014/23/EU.

1142. *Eurawasser*, r.o. 77; *Stadler/Passau*, r.o. 29; *Norma-A SIA*, r.o. 50.

1143. Art. 5 lid 1, tweede alinea en considerans punt 19, Richtlijn 2014/23/EU. Deze ondergrens komt ook terug in de jurisprudentie, zie o.a. *Eurawasser*, r.o. 67-68.

Ook de EU-wetgever heeft dus kennelijk de lijn van het Hof willen volgen dat ‘te goeder trouw handelende aanbestedende diensten’ ook wanneer het exploitatierisico van meet af aan beperkt is, de keuze moeten hebben voor een concessieopdracht als zij van mening zijn dat dit de beste manier is om een dienst te laten uitvoeren.<sup>1144</sup> Hier zou wel meer duidelijkheid door de EU-wetgever moeten worden verschaft over de vraag wat precies als ondergrens heeft te gelden om te kunnen spreken van een concessieopdracht, aangezien dit in de praktijk de nodige vragen kan opleveren.

Of de concessiehouder zijn investeringen en kosten zal terugverdienen moet dus daadwerkelijk afhangen van de grillen van de markt, anders zal sprake kunnen zijn van een reguliere overheidsopdracht.<sup>1145</sup> Wanneer bij sociale diensten blijkt dat het vraag- en/of aanbodrisico zodanig is beperkt dat deze louter nominaal of verwaarloosbaar is, dan kan dus geen gebruik worden gemaakt van het instrument van de concessieopdracht. Dit is van belang nu in Nederland in het sociaal domein doorgaans ervoor wordt gekozen om de risico’s van vraag en/of aanbod voor het overgrote deel bij gemeenten te laten. Zo wordt bijvoorbeeld contractueel overeengekomen dat bij een grotere vraag dan verwacht, opdrachtnemers ook voor die cliënten overeenkomstig de geldende tarieven worden betaald. In dat geval is het risico dan ook louter nominaal of verwaarloosbaar te noemen.

## 6.5 KIEZEN VOOR DE CONCESSIEOPDRACHT OM SOCIALE DIENSTEN TE ORGANISEREN?

In Nederland kiezen gemeenten voorsnog niet om sociale diensten door middel van een concessieopdracht te organiseren.<sup>1146</sup> De vraag kan echter worden gesteld of op dit moment mogelijk verwarring optreedt ten aanzien van dit instrument, omdat het *de facto* kan worden aangezien voor een overheidsopdracht, terwijl *de jure* sprake is van een concessieopdracht. Bovendien kan de vraag worden gesteld of dit instrument, al dan niet (onbewust) gebruikt, een geschikt instrument zou kunnen vormen om deze diensten te organiseren. In dat geval kunnen namelijk de keuzemogelijkheden van gemeenten ook worden uitgebreid naar het instrument van de concessieopdracht. Daarbij moeten zij dan Richtlijn 2014/23/EU en deel 2a van de Aw 2012 toepassen en geldt een hogere toepassingsdrempel.

De bij een concessie gebruikelijke economische termen van exploitatierecht en exploitatierisico kunnen evenwel als het gaat om sociale diensten en dus de hulp aan (kwetsbare) cliënten, enigszins bevreemdend werken. Immers, hier kan de vraag rijzen of het wel wenselijk is te spreken over het exploiteren van taken als sociale diensten.

In dat licht moet ook de vraag worden gesteld wat een keuze voor het instrument van de concessieopdracht betekent voor het uiteindelijk doel: de (goede organisatie van) goede zorg voor burgers. Bij een concessieopdracht voor sociale diensten zullen namelijk – inherent aan dat instrument – exploitatierisico’s bij de zorgaanbieder(s)

1144. Zie daarover: *Eurawasser*, r.o. 74; *Stadler/Passau*, r.o. 34.

1145. Zie ook: Kuyppers & De Wit, *TBR* 2018/72, p. 500.

1146. Zie bijv. in: Uenk & Wind 2020.



worden belegd en heeft de concessiehouder een zekere autonomie om de zorg te exploiteren. Aangezien de concessiehouder zijn eigen winst moet exploiteren, zou dit bijvoorbeeld tot perverse prikkels kunnen leiden, waarbij hij zal zoeken naar mogelijkheden om bijvoorbeeld minder zorg of voornamelijk de lichtere (goedkopere) zorg te verlenen terwijl dit niet passend is. Mogelijk kunnen contractueel wel waarborgen worden opgenomen om dit tegen te gaan. Daarnaast kan het overdragen van exploitatierisico's ertoe leiden dat zorgaanbieders in financiële problemen komen met alle nadelige gevolgen van dien voor cliënten.

Het vergt met het oog op het organiseren van zorg van goede kwaliteit een gedegen afweging of de concessieopdracht een passend instrument kan zijn om sociale diensten te organiseren.

### 6.5.1 Verschijningsvormen exploitatierecht bij sociale diensten

Om te bezien of in het sociaal domein sprake is dan wel kan zijn van een concessieopdracht, is allereerst van belang vast te stellen of er sprake kan zijn van een exploitatierecht. Hoewel de nadruk is komen te liggen op de toets van de overdracht van het exploitatierisico, moet er namelijk ook altijd sprake zijn van een exploitatierecht. Duidelijk bleek uit de concessierichtlijn en de jurisprudentie dat daarvan meerdere vormen bestaan. De meest duidelijke – en gangbare – vorm, die ook in de jurisprudentie steeds naar voren kwam, is een exploitatierecht dat bestaat in het recht om van gebruikers of derden vergoedingen te innen. Deze situatie is in de huidige Nederlandse praktijk niet terug te zien. In Nederland worden de gecontracteerde zorgaanbieder(s) namelijk rechtstreeks betaald door de gemeenten en zij innen geen vergoedingen bij derden of gebruikers van de diensten. Daarnaast kunnen gemeenten het exploitatierecht op dit moment ook niet op deze manier toekennen, omdat zij wettelijk verplicht zijn om de diensten te organiseren en te betalen. Wanneer echter in de toekomst – met het oog op de betaalbaarheid van de diensten – het Nederlandse stelsel zodanig wijzigt dat (een deel van de) gebruikers (een deel van) de diensten zelf moeten gaan betalen (aan de zorgaanbieder), wel sprake zal kunnen zijn van een dergelijke vorm van exploitatierecht.<sup>1147</sup>

Er zijn echter ook andere vormen van het exploitatierecht mogelijk; verschijningsvormen die in de Nederlandse praktijk op dit moment wel (kunnen) voorkomen. Het gaat dan om de situatie genoemd in de considerans van de concessierichtlijn waarin wordt uitgelegd dat ook sprake kan zijn van een concessieopdracht bij een rechtstreekse betaling door de aanbestedende dienst, namelijk: als het terugverdienen van de investeringen en de kosten die door de zorgaanbieder worden gemaakt afhangt van de werkelijke vraag naar of aanbod van de dienst.<sup>1148</sup> Zo zou dit kunnen betekenen dat wanneer gemeenten een zorgaanbieder opdracht geven tegen een bepaald maximumbudget te voorzien in een zeker aanbod sociale diensten van een bepaalde kwaliteit voor een bepaalde regio, dat ook dan kan worden gesproken van een exploitatierecht. Daarmee wordt namelijk het risico dat dit budget (on)voldoende is aan de zorgaanbieder overgedragen en wordt van hem verwacht dat hij bijvoorbeeld door middel van efficiëntie, innovatie en slimme contracten

<sup>1147</sup>. Ook het geval dat dit via verzekeringen wordt geregeld, valt daaronder.

<sup>1148</sup>. Considerans punt 18, Richtlijn 2014/23/EU.

met onderaannemers de diensten gaat organiseren, en dus in feite het toegekende budget gaat exploiteren. Dit is dus duidelijk een andere situatie dan in het hiervoor besproken arrest *Hans & Christophorus Oymanns*, waarin sprake was van een rechtstreekse betaling per prestatie en duur, en waarbij het aantal patiënten dat een beroep zou doen op de diensten van tevoren (zo goed als) bekend was.

Interessant is dan dat een dergelijke gang van zaken in Nederland reeds terug te zien is. Een goed voorbeeld daarvan volgt uit de rechtszaak met de gemeente Alphen aan den Rijn en Kaag en Braassem die een opdracht voor jeugdzorg op een dergelijke wijze hadden georganiseerd; zij hebben dit echter niet als een concessieopdracht aangemerkt.<sup>1149</sup> Deze gemeenten hadden namelijk een aanbesteding voor jeugdzorg georganiseerd, waarbij werd beoogd een daadwerkelijke verandering in de organisatie van de jeugdzorg tot stand te brengen: marktpartijen werden voor de uitdaging gesteld door een efficiëntere manier van werken (grote) besparingen te bewerkstelligen.<sup>1150</sup> De gemeenten kozen voor een contractvorm waarbij van te voren een plafondbudget werd vastgesteld, waarbinnen de door middel van de aanbesteding gecontracteerde zorgaanbieders alle jeugdzorg binnen de gemeenten zouden moeten gaan organiseren voor een periode van drie jaren. Interessant gegeven: het door de gemeenten gestelde plafondbudget was aanzienlijk lager dan het budget in het voorgaande jaar.<sup>1151</sup>

Verder kregen zorgaanbieders een acceptatieplicht opgelegd, ze mochten geen cliënten weigeren, en wachtlijsten waren ook niet toegestaan; zorgaanbieders hadden dus geen mogelijkheid daardoor de vraag beheersbaar te houden. Ook werden zorgaanbieders niet gecompenseerd als meer cliënten om zorg zouden vragen.<sup>1152</sup> Bovendien was geen informatie gegeven over de omvang van de opdracht, zoals: het aantal jeugdigen die zorg zouden moeten ontvangen (a); welke vorm van zorg deze jeugdigen ontvangen (b); wanneer deze jeugdigen in zorg genomen zijn (c); hoe lang een jeugdige zorg heeft ontvangen (d); welke indicatie(s) een jeugdige heeft (e); hoeveel de huidige behandeltrajecten (ongeveer) kosten (f); hoeveel jeugdigen er op de wachtlijst staan (g); hoeveel jeugdigen een PGB ontvangen en voor welke duur deze indicatie geldt (h); waar en op welke wijze deze PGB wordt besteed (i).<sup>1153</sup>

Belangrijk in verband met het (exploitatie)risico is verder dat in een voorafgaande rapportage over de haalbaarheid van de opdracht was opgemerkt dat een klein verlies in het eerste deel van de eerste contractperiode moest worden beschouwd als 'leergeld' en als investering in de beoogde transformatie, omdat in deze periode veel kennis en ervaring kon worden opgebouwd over innovatie en vernieuwing in de jeugdzorg.<sup>1154</sup>

1149. Zie o.a.: Gerechtshof Den Haag 14 februari 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:260, m.nt. G. 't Hart, JAAN 2017/74. Zie voor andere voorbeelden ook: Rb. Limburg (vzr.) 2 juli 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:6210; Rb. Rotterdam (vzr.) 24 oktober 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:8489.

1150. Gerechtshof Den Haag 14 februari 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:260, r.o. 12.

1151. Gerechtshof Den Haag 14 februari 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:260, r.o. 9.

1152. Gerechtshof Den Haag 14 februari 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:260, r.o. 2.

1153. Gerechtshof Den Haag 14 februari 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:260, r.o. 13.

1154. Gerechtshof Den Haag 14 februari 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:260, r.o. 2.

Er bestond bij dit contract dus voor de opdrachtnemer heel veel vrijheid om zelf te bepalen hoe de zorg te organiseren oftewel te ‘exploiteren’ en ervoor te zorgen dat binnen het budget alle mogelijkheden om innovatief en efficiënt te werk te gaan, werden ingezet. Wat betreft de kwalificatie van het instrument geldt dat hier dus mogelijk sprake zou kunnen zijn van een concessie- in plaats van een overheidsopdracht. Daarvoor moet echter nog worden getoetst aan het tweede vereiste: het overdracht van exploitatierisico. Op dit punt is onder meer van belang dat het gerechtshof Den Haag in deze zaak tot het oordeel komt dat de risicoverdeling disproportioneel is.<sup>1155</sup> Over de beweegredenen van het gerechtshof en de betekenis daarvan voor de vraag of sprake is (of kan zijn) van een concessieopdracht voor sociale diensten, meer in de volgende paragraaf. Overigens zijn er ook wel andere gemeenten geweest die voor vergelijkbare contractvormen hebben gekozen als Alphen aan den Rijn en Kaag en Braassem, zoals de gemeente Utrecht die voor de jeugdhulp enkele aanbieders had gecontracteerd die voor een vast bedrag per jaar de gehele jeugdzorg in de gemeente moeten organiseren (de zgn. *lump sum* financiering).<sup>1156</sup> Daarbij moet echter worden opgemerkt dat deze gemeenten vaak voorzien in een omzetgarantie voor de zorgaanbieder of bij tekorten in het budget met de aanbieder om tafel gaan om nadere afspraken te maken. Dergelijke elementen zijn van belang voor het volgende criterium: is sprake van de overdracht van exploitatierisico?

### 6.5.2 Overdracht van (beperkt) exploitatierisico bij sociale diensten (on)mogelijk?

Om vast te stellen of sprake is van overdracht van exploitatierisico bij de organisatie van sociale diensten, is op grond van de concessierichtlijn van belang te toetsen of sprake is van de overdracht van het risico dat verband houdt met de exploitatie (1), namelijk het risico van vraag en/of aanbod (2).<sup>1157</sup> Niet relevant zijn risico's die inherent zijn aan elk type contract of dat nu een overheidsopdracht of een concessieopdracht betreft, zoals risico's met betrekking tot aansprakelijkheid.<sup>1158</sup> Daarbij mag er dus geen garantie zijn dat gedane investeringen en/of exploitatiekosten worden terugverdiend (3) en moet het exploitatierisico een werkelijke blootstelling aan de grillen van de markt behelzen; potentiële verliezen mogen niet louter minimaal of verwaarloosbaar zijn (4).

Gaan we terug naar de situatie Alphen aan den Rijn en Kaag en Braassem en andere gemeenten die tegen een vast budget de plicht om sociale diensten van bepaalde kwaliteit voor een bepaalde regio te verzorgen, overdragen aan een zorgaanbieder. In dat geval moet dus allereerst worden vastgesteld of het (operationeel) risico van vraag- en/of aanbod wordt overgedragen (vereiste 1 en 2). Dit is snel het geval. Het is namelijk niet langer de gemeente die het risico draagt dat de vraag groter is dan

1155. Gerechtshof Den Haag 14 februari 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:260. Zie voor de uitspraak van de lagere rechter: Rb. Den Haag (vzr.) 5 oktober 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:11869.

1156. Zie o.a.: De Koster, *Binnenlands Bestuur* 21 februari 2020.

1157. Art. 5 lid 1 tweede alinea Richtlijn 2014/23/EU.

1158. Zo is in het hiervoor genoemde voorbeeld van de gemeente Alphen aan den Rijn en Kaag en Braassem, voor het exploitatierisico niet relevant dat risico's met betrekking tot aansprakelijkheid bij de opdrachtnemer waren neergelegd.

het aanbod of andersom, maar de gemeente heeft die risico's belegd bij de zorgaanbieders. De risico's voor de zorgaanbieder bestaan erin dat de vraag mogelijk niet aansluit op het aanbod overeenkomstig het door de gemeente toegekende budget, ofwel het aanbod niet op de vraag. In het sociaal domein loopt de zorgaanbieder ook risico dat er bijvoorbeeld meer zwaardere zorg nodig is dan gepland, maar kan het ook zijn dat er meer lichtere vormen van zorg nodig zijn. Ook de duur van de zorg kan variëren. Allerlei risico's die worden overgeheveld naar de zorgaanbieder. Daarbij is de bedoeling dat de zorgaanbieder dit risico binnen het gegeven budget beheerst en bijvoorbeeld innovaties toepast of inzet op preventie. Het exploitatierisico kan ook bestaan als de gegevens over het aantal cliënten dat een beroep doet op zorg vooraf bekend is. Ook dan blijft namelijk een zeker vraag- en aanbodrisico bestaan met betrekking tot nieuwe instroom, de duur van de behandeltrajecten/dienstverlening en het soort zorg dat verleend moet worden. Denkbaar is dat dit vooral zal gelden bij jeugdzorg, omdat bij deze zorg de uitkomst en effectiviteit van de behandeling (lang) niet altijd duidelijk voorspelbaar is.

Wat betreft het derde en vierde vereiste mag bij een concessieopdracht vervolgens geen garantie bestaan dat gedane investeringen en/of exploitatiekosten worden terugverdiend. De zorgaanbieder moet daadwerkelijk blootstaan aan de grillen van de markt en potentiële verliezen mogen niet louter nominaal of verwaarloosbaar zijn. De risico's van vraag en/of aanbod mogen dus niet door de gemeente worden weggenomen door vervolgens (omzet)garanties te geven of zorgaanbieders voordan wel achteraf te compenseren. Er mag wel sprake zijn van rechtstreekse vergoedingen en compensaties, maar als ondergrens geldt dat het potentiële risico niet louter nominaal of te verwaarlozen is. In de situatie van Alphen aan den Rijn en Kaag en Braassem geldt dat er duidelijk sprake was van een dergelijk risico dat meer inhoudt dan een nominaal of te verwaarlozen risico. De zorgaanbieder aan wie deze opdracht was gegund, had namelijk geen garantie dat hij zijn investeringen en exploitatiekosten zou terugverdienen en werd niet gecompenseerd voor (potentiële) verliezen; dat was juist de reden om de genoemde rechtszaak tegen de gemeenten aan te spannen. In deze situatie is dan ook sprake van een concessie- in plaats van een overheidsopdracht. Wordt daarentegen voorzien in (omzet)garanties waarmee het risico wordt weggenomen, dan is sprake van een overheidsopdracht. Zoals reeds opgemerkt is daarvan in het sociaal domein veelal sprake.

Interessant in dat verband is de uitkomst van de rechtszaak Alphen aan den Rijn en Kaag en Braassem. In deze zaak oordeelt het gerechtshof namelijk dat de risicoverdeling disproportioneel was. Het gerechtshof hanteert daarbij als rechtsgrondslagen zowel art. 1.10 van de Aw 2012, waarin het proportionaliteitsbeginsel is neergelegd alsook voorschrift 3.9A van de Gids Proportionaliteit, waarin is voorgeschreven dat de aanbestedende dienst het risico alloceert bij de partij die het risico het best kan beheersen of beïnvloeden.<sup>1159</sup> Bij deze risicoafweging moet volgens de Gids acht worden geslagen op de vraag wat de kans is dat het risico zich verwezenlijkt en hoe groot de gevolgen van die verwezenlijking zullen zijn. In dat opzicht overweegt het gerechtshof dan ook dat in deze zaak een reëel risico bestond dat het budget ontoereikend was en dat die ontoereikendheid van de budgetten volledig

1159. Gerechtshof Den Haag 14 februari 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:260, r.o. 8 en later r.o. 20.

voor rekening van de opdrachtnemer kwam. Volgens het gerechtshof is er daarbij een reële kans dat de opdrachtnemer zal worden geconfronteerd met een voor zijn rekening blijvende overschrijding van de budgetplafonds.<sup>1160</sup> Gebleken was namelijk dat de budgetten over voorgaande jaren al ontoereikend waren, terwijl er voor 2017 nog minder budget beschikbaar is. Dit is dan ook disproportioneel. In deze situatie, waarin een reëel risico bestaat dat het budget zou worden overschreden, moet dan ook volgens het gerechtshof in een 'veiligheidsventiel' worden voorzien.<sup>1161</sup> Daarmee wordt bedoeld dat op voorhand duidelijkheid had moeten worden gecreëerd over de vraag hoe in een voorkomend geval wordt omgegaan met een niet aan de opdrachtgever te wijten overschrijding van het budget.

Van belang is echter dat onder deze omstandigheden de situatie Alphen aan den Rijn en Kaag en Braassem hoogstwaarschijnlijk niet meer zou voldoen aan de vereisten van een concessieopdracht. Een veiligheidsventiel zou immers de risico's voor de opdrachtnemer zodanig weg kunnen nemen, dat snel sprake is van een louter nominaal of te verwaarlozen risico.

Is er op grond van deze zaak nog ruimte voor het gebruik van een concessieopdracht voor sociale diensten? Volgens mij is dat nog wel het geval, nu het gerechtshof de werkwijze van de gemeenten niet in zijn geheel onrechtmatig acht. Het gerechtshof overweegt namelijk dat door deze manier van uitbesteden, namelijk door de jeugdzorg als een integrale opdracht in de markt te zetten en één partij daarvoor verantwoordelijk te maken, een efficiencywinst is te behalen.<sup>1162</sup> Daarbij hebben zorgaanbieders volgens de rechter de ruimte, door de wijze waarop zij zorg verlenen en de inrichting van de zorg, de duur van de zorgvraag en daarmee ook de kosten tot op zekere hoogte te beïnvloeden. Ook is volgens het gerechtshof het geven van een prikkel aan de opdrachtnemer om de zorg op een zo efficiënt mogelijke wijze te verlenen, zoals het verbieden van wachtlijsten en het hanteren van een budgetplafond, mede met het oog op de maatschappelijke kosten van de zorg, niet onredelijk.<sup>1163</sup> Het gerechtshof oordeelt echter dat onder de bijzondere omstandigheden van deze zaak, sprake is van een disproportionele risicoverdeling, namelijk de situatie waarin de risico's volledig bij de opdrachtnemer zijn belegd en er tegelijk een reële kans is dat het plafondbudget ontoereikend zal blijken en de opdrachtnemer niet kan beschikken over de detailinformatie die nodig is voor het maken van een reële inschatting van het risico van budgetoverschrijding.<sup>1164</sup>

Dit betekent dus dat wanneer wel wordt voorzien in een reëel plafondbudget (dat wil zeggen: deze moet toereikend *kunnen* zijn en er mag een bepaald risico blijven bestaan), dan hoeft niet in een dergelijk veiligheidsventiel te worden voorzien dat alle risico's wegneemt. In dat geval kan dan ook alsnog voor een concessieopdracht worden gekozen. Hier is namelijk van belang dat de EU-wetgever bevestigt dat aanbestedende diensten ook voor het instrument van de concessieopdracht moeten kunnen kiezen als het risico vanwege regulering beperkt is. In het sociaal domein

1160. Gerechtshof Den Haag 14 februari 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:260, r.o. 24

1161. Gerechtshof Den Haag 14 februari 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:260, r.o. 28.

1162. Gerechtshof Den Haag 14 februari 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:260, r.o. 26.

1163. Gerechtshof Den Haag 14 februari 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:260, r.o. 26.

1164. Gerechtshof Den Haag 14 februari 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:260, r.o. 27.

in Nederland geldt in dat verband dat sprake moet zijn van reële tarieven.<sup>1165</sup> Dit leidt tot een beperking van het risico. Wanneer het resterende risico echter wordt overgedragen kan alsnog sprake zijn van een concessieopdracht, mits het risico niet louter nominaal of verwaarloosbaar is geworden. Het gerechtshof lijkt daarbij wel te overwegen dat de risico's bij het organiseren van jeugdzorg in beginsel bij de gemeente horen en niet bij de opdrachtnemer. Het gerechtshof wijst in deze zaak namelijk regelmatig op het uitgangspunt dat het een (ook financiële) verantwoordelijkheid is van de gemeenten ervoor te zorgen dat er voldoende jeugdzorgcapaciteit voorhanden is.<sup>1166</sup>

Voorts kan nog de vraag worden gesteld of ook bij het contracteren van meerdere zorgaanbieders – en dus niet enkel in de bovengenoemde hoofdaannemerconstructie – sprake kan zijn van een concessieopdracht. Ik vraag mij echter af of deze mogelijkheid toepasbaar is in het sociaal domein in Nederland, aangezien ik denk dat het risico dat wordt gelopen doorgaans niet zodanig is dat kan worden gesproken van een 'daadwerkelijke blootstelling aan de grillen van de markt'. Bovendien is het de vraag of het risico in deze situatie in hoofdzaak wordt overgedragen van de gemeente naar de zorgaanbieders. De overdracht van het risico is van cruciaal belang om de verschillen in de regeling van de concessieopdracht en de overheidsopdracht (volgens diezelfde considerans van de concessierichtlijn), te rechtvaardigen.

Terugkomend op het genoemde voorbeeld in de inleiding van dit hoofdstuk, is er dus niet per definitie sprake van een concessieopdracht als de risico's van vraag en/of aanbod worden neergelegd bij de zorgaanbieder. Dit is echter het geval als daarnaast voor de zorgaanbieder geen garantie bestaat dat de kosten en investeringen kunnen worden terugverdiend, sprake is van een daadwerkelijke blootstelling aan de grillen van de markt en daarom dus het risico niet louter nominaal of verwaarloosbaar is – bijvoorbeeld door het compenseren van de zorgaanbieder in het geval van een grotere vraag.

## 6.6 SCHEIDSLIJNEN VAN DE CONCESSIEOPDRACHT MET DE VERGUNNING, SUBSIDIE EN HET OPENHOUSEMODEL

### 6.6.1 Scheidslijn met subsidie en vergunning: overeenkomst onder bezwarende titel

In de hiervoor besproken jurisprudentie van het HvJ EU is terug te zien dat er in de lidstaten regelmatig verwarring optreedt tussen de overheids- en de concessieopdracht. Daarnaast kan echter ook onduidelijkheid bestaan over de scheidslijnen tussen de concessieopdracht en de vergunning, subsidie en het openhousemodel. Tekenend daarbij is dat de considerans bij de concessierichtlijn, naast de scheidslijn van de concessieopdracht en de overheidsopdracht, aandacht besteedt aan deze

1165. Besluit van 10 februari 2017, houdende regels ter waarborging van een goede verhouding tussen de prijs voor de levering van een voorziening en de eisen die worden gesteld aan de kwaliteit van de voorziening en de continuïteit in de hulpverlening tussen de cliënt en de hulpverlener (AMvB reële prijs Wmo 2015); op basis van jurisprudentie geldt dit ook voor de Jeugdwet, zie o.a.: Gerechtshof Den Haag 7 juli 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:1120.

1166. Gerechtshof Den Haag 14 februari 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:260, r.o. 21 en 25.

scheidslijnen.<sup>1167</sup> Zo moet de concessieopdracht volgens de considerans worden onderscheiden van ‘de loutere financiering, van een activiteit, met name via subsidies, waaraan vaak de verplichting is gekoppeld de ontvangen bedragen terug te betalen wanneer deze niet worden benut voor de voorgenomen doeleinden’.<sup>1168</sup>

Verder moet de concessie volgens de preambule worden onderscheiden van ‘bepaalde handelingen van lidstaten zoals machtigingen of vergunningen waarbij de lidstaat of een overheid daarvan de voorwaarden voor de uitoefening van een economische activiteit vaststelt, waaronder een voorwaarde om een bepaalde verrichting uit te voeren die, normaliter, op verzoek van een ondernemer en niet op initiatief van de aanbestedende dienst of de aanbestedende instantie wordt verleend en waarbij het de ondernemer vrijstaat zich uit de uitvoering van werken of verlening van diensten terug te trekken’.<sup>1169</sup>

Onduidelijkheid kan ook ontstaan als naast de concessieopdracht, een ‘subsidie’ wordt gegeven, bijvoorbeeld om het economisch risico te verminderen.<sup>1170</sup> Dit moet namelijk worden gezien als onderdeel van de concessieopdracht. Door deze betaling aan te merken als een subsidie, en deze daarmee los te koppelen van deze betaling van de concessieopdracht, ontstaat het risico dat verwarring optreedt onder andere wat betreft de regels die erop van toepassing zijn. Zo moet dit bedrag ook worden meegenomen bij het bepalen van de waarde van de concessieopdracht en mag geen wezenlijke wijziging van de opdracht plaatsvinden.

In de literatuur wordt doorgaans vooral het onderscheid tussen de concessie(opdracht) en de vergunning aan de orde gesteld.<sup>1171</sup> Dit is te verklaren omdat deze rechtsinstrumenten gemeenschappelijk hebben dat bij beide instrumenten in zekere zin een recht of vrijheid ontstaat om een activiteit te gaan uitoefenen dan wel exploiteren; de instrumenten lijken daarin dus op elkaar. Er treedt in de praktijk dan ook verwarring op tussen de vergunning en de concessieopdracht.<sup>1172</sup> In deze literatuur wordt als het onderscheidende kenmerk tussen de concessie(opdracht) en de vergunning gewezen op het bestaan van een overeenkomst en op het al dan niet bestaan van een uitvoeringsverplichting voor de ondernemer/aanvrager van de vergunning. Zo wordt door Pijnacker Hordijk, Van der Bend & Van Nouhuys gewezen op het feit dat slechts sprake kan zijn van een concessie als sprake is van een *overeenkomst* waarbij de overheid aan een onderneming een opdracht verleent om bepaalde diensten te verlenen aan het publiek.<sup>1173</sup> Schlössels en Zijlstra, die de concessie omschrijven als ‘de uitzondering op een wettelijk verbod, waarbij de houder tevens verplicht is de handeling te verrichten’, stellen dat met name in dat

1167. Considerans punt 12-14, Richtlijn 2014/23/EU.

1168. Considerans punt 12, Richtlijn 2014/23/EU.

1169. Considerans punt 14, Richtlijn 2014/23/EU.

1170. Zie over het feit dat dit gebeurt, bijv.: Van Ommeren, *NTB* 2020/257, p. 646.

1171. Zie hierover o.a.: Dankers-Hagenaars 2000, p. 269; Nijhof 2000, p. 27-29; Pijnacker Hordijk, Van der Bend & Van Nouhuys 2009, p. 100; Drahmman 2015, p. 98 e.v.; Schlössels & Zijlstra 2010, p. 811 e.v.; Wolswinkel, *EPPPL* 2017; Huisman & Van Ommeren 2019, p. 397.

1172. Door Van Ommeren wordt in dat verband als een voorbeeld waar die verwarring optreedt het terrein van de telecommunicatie genoemd, zie: Van Ommeren, *NTB* 2020/257, p. 647.

1173. Pijnacker Hordijk, Van der Bend & Van Nouhuys 2009, p. 100.

laatste het juridische onderscheid ligt met de vergunning: bij de concessie is sprake van een uitvoeringsverplichting, terwijl bij de vergunning geldt dat de houder er ook voor kan kiezen er geen gebruik van te maken.<sup>1174</sup>

Van Ommeren wijst er echter op dat de concessieopdracht, naast de vergunning, ook met name van de subsidie moet worden onderscheiden.<sup>1175</sup> De subsidie kan immers op de concessie gaan lijken als een subsidieontvanger met de subsidie de gesubsidieerde activiteit kan exploiteren en het exploitatierisico draagt. Duidelijk wordt dit in het volgende voorbeeld. Stel, een zorgonderneming die ouderen helpt bij technische of ICT-klussen kan daarvoor subsidie aanvragen. Dit bedrijfje kan deze dienst met die subsidie vervolgens gaan exploiteren door betaling van derden (degenen die een beroep doen op dit bedrijf) te vragen. Aan deze exploitatie zijn voor dit bedrijfje dan al snel exploitatierisico's verbonden – evenals bij een concessieopdracht.

Van Ommeren, die een onderscheid maakt tussen de publiekrechtelijke concessie en de privaatrechtelijke concessieopdracht, wijst in verband met deze laatste figuur, als het gaat om het onderscheid tussen de concessieopdracht en de subsidie, erop dat het onderscheid tussen de Awb-subsidie en de betaling voor geleverde goederen of diensten nog niet helemaal is uitgekristalliseerd.<sup>1176</sup> Vervolgens verwijst Van Ommeren naar maatstaven die afkomstig zijn uit de bestuursrechtspraak om dat onderscheid te bepalen zoals: de hoogte van de prijs (bij een betaling zou dat bedrag veelal de kosten plus een zekere winstmarge dekken, bij een subsidie ten hoogste de kosten); wie de initiatiefnemer is (bij een betaling zou de overheid als opdrachtgever de initiatiefnemer zijn geweest en bij een subsidie daarentegen veelal de aanvrager); en het oogmerk (bij een betaling heeft het bestuur onmiddellijk baat, bij een subsidie is het oogmerk veelal de realisatie van een meer abstract of verder weg gelegen algemeen belang).<sup>1177</sup> Van Ommeren stelt echter vast dat dit eerder 'enige mogelijk van belang zijnde factoren' zijn, dan harde doorslaggevend criteria.<sup>1178</sup> Ik ben het hierin met Van Ommeren eens, maar ga nog een stap verder. Zoals ik ook heb besproken in hoofdstuk 4 ten opzichte van het verschil tussen de overheidsopdracht en de subsidie/vergunning, kunnen deze aanwijzingen of maatstaven namelijk tot verkeerde conclusies leiden over de vraag of sprake is van een overheidsopdracht of subsidie/vergunning.<sup>1179</sup>

Met Drahmman ben ik van mening dat hier – en evenals bij de vraag of sprake is van een overheidsopdracht zoals besproken in hoofdstuk 4 – bij het onderscheid tussen de concessieopdracht en andere instrumenten namelijk moet worden bezien of aan de Europese definitie en afbakening van dit instrument is voldaan.<sup>1180</sup> Is een activiteit nationaal aangemerkt als een vergunning of subsidie, maar voldoet

1174. Schlössels & Zijstra 2010, p. 837; Vergelijkbaar zie: Van Ommeren, *NTB* 2020/257, p. 640.

1175. Van Ommeren, *NTB* 2020/257, p. 646.

1176. Van Ommeren, *NTB* 2020/257, p. 646.

1177. ABRvS 12 september 2001, *AB* 2001, 335 m.nt. NV (*Catalpa*), CBB 24 februari 2005, *AB* 2005, 165 m.nt. JHvdV (*ComneXXion*), ABRvS 8 april 2015, *AB* 2015, 309 m.nt. W. den Ouden en ABRvS 23 maart 2016, *AB* 2016, 286 m.nt. A. Drahmman (*HV Desk*).

1178. Van Ommeren, *NTB* 2020/257, p. 647.

1179. Zie hoofdstuk 4, par. 4.1 en 4.3.

1180. Zie hierover Drahmman 2015, p. 101 e.v. Zie ook bijvoorbeeld in: HvJ EU 14 november 2013, zaak C-221/12, ECLI:EU:C:2013:736 (*Belgacom*), r.o. 26 en 27.



het instrument aan de definitie van de concessieopdracht, dan kan niet worden gesproken van een vergunning of subsidie, maar moet de activiteit worden aangemerkt als een concessieopdracht.

Ook hier is dan evenals bij de overheidsopdracht met name het vereiste van de overeenkomst onder bezwarende titel uit de definitie van de concessieopdracht van belang als scheidslijn tussen de concessieopdracht en de vergunning en subsidie. Hoewel ook aan de overige vereisten van de concessieopdracht moet worden voldaan, het moet gaan om een ‘schriftelijke’ overeenkomst (i), het moet gaan om contracten gesloten door aanbestedende dienst(en) (ii) met ondernemer(s) (iii) en het moet gaan om opdrachten voor de exploitatie van werken of diensten (iv), zal als sprake is van een overeenkomst onder bezwarende titel, snel sprake zijn van een concessieopdracht. Voor een uitgebreide bespreking van al deze vereisten verwijs ik dan ook naar paragraaf 3.5 en 4.3.<sup>1181</sup>

Hier zij echter kort ter herhaling opgemerkt dat een overeenkomst onder bezwarende titel inhoudt dat sprake is van een prestatie voor een tegenprestatie.<sup>1182</sup> In de jurisprudentie is daarover uitgelegd dat dit inhoudt dat de prestatie een rechtstreeks economisch belang inhoudt voor de aanbestedende dienst, dat er sprake moet zijn van een afdwingbare uitvoeringsverplichting en een tegenprestatie die ruim moet worden uitgelegd.<sup>1183</sup> Wat betreft de tegenprestatie geldt dat bij de concessieopdracht als tegenprestatie een exploitatierecht en -risico wordt overgedragen, eventueel in combinatie met een betaling. Dit betekent dan ook dat het enkele recht om te exploiteren reeds voldoende is om te spreken van een tegenprestatie in de zin van een concessieopdracht. In dat verband geldt dan ook dat het onderscheid tussen de concessieopdracht en de vergunning of subsidie doorgaans vooral tot uiting komt in de afdwingbare uitvoeringsverplichting; het criterium dat in de literatuur dus ook regelmatig centraal staat. Wanneer bij een vergunning of subsidie een uitvoeringsplicht wordt opgelegd, zal namelijk snel sprake zijn van een concessieopdracht. Bij het opleggen van een uitvoeringsplicht zal het rechtstreeks economisch belang bij de prestatie immers snel kunnen worden aangenomen. Daarbij kan de activiteit die moet (dan wel mag) worden uitgevoerd bij de concessieopdracht en de vergunning en de subsidie dus vergelijkbaar zijn: die bestaat in het recht om de taak te exploiteren.<sup>1184</sup> Wordt dan ook in het sociaal domein in Nederland het recht gegeven om bepaalde zorg te mogen aanbieden, zonder dat gecompenseerd wordt zoals uitgelegd in de vorige paragraaf, en wordt daarbij voorzien in wederzijds bindende verplichtingen dan zal snel sprake zijn van een concessieopdracht.

Deze scheidslijn tussen de concessieopdracht en de subsidie en de vergunning is echter nog niet duidelijk naar voren gekomen in de jurisprudentie over de concessieopdracht. Ook in de considerans worden slechts zijdelings een aantal aanwijzingen genoemd. Wolswinkel wijst er dan ook op dat met de inwerkingtreding van

1181. Par. 3.5; in hoofdstuk 4, par. 4.3, is dit toegepast op de scheidslijn tussen de overheidsopdracht en de subsidie en vergunning.

1182. Zie hierover o.a.: *Helmut Müller*, r.o. 48; HvJ EU 28 mei 2020, C-796/18, ECLI:EU:C:2020:395 (*Stadt Köln*), r.o. 40.

1183. Zie de genoemde jurisprudentie in hoofdstuk 3, par. 3.5.

1184. Vgl. ook HvJ EU 14 juli 2016, gevoegde zaken C-458/14 en C-67/15, ECLI:EU:C:2016:558 (*Promoimpresa*); Wolswinkel, *EPPPL* 2017, p. 404.

de EU-concessierichtlijn, deze scheidslijn nadere verduidelijking van de EU-wetgever behoeft.<sup>1185</sup>

Zo wordt in de *Belgacom*-zaak door het HvJ EU gewezen op het onderscheid bestaande in de (afdwingbare) uitvoeringsverplichting. In de zaak *Belgacom* komt deze scheidslijn naar voren als het HvJ EU ingaat op de vraag welke EU-regulering van toepassing is op de verstrekking van het exclusieve recht om kabelnetwerken te exploiteren. Ten tijde van deze zaak was er nog geen concessierichtlijn en had de aanbestedende dienst dit exclusieve recht dan ook rechtstreeks zonder aanbestedingsprocedure aan een marktdeelnemer gegund. In deze zaak benoemt het Hof het onderscheid tussen de vergunning dan als het overweegt dat voor zover een dergelijke overeenkomst 'de cessionaris ertoe verplicht de overgedragen activiteit uit te oefenen', zij de kenmerken vertoont van een overheidsopdracht, met uitzondering van de vergoedingswijze, die daarbij voldoet aan de kenmerken van een concessieopdracht.<sup>1186</sup> Even verder wordt dit door het Hof bevestigd als het oordeelt dat het Unierecht dezelfde verplichtingen zou opleggen als de overeenkomst de cessionaris 'niet ertoe zou verplichten om de overgedragen activiteit uit te oefenen, en dus een vergunning zou worden verleend' om de activiteit uit te oefenen.<sup>1187</sup> Ten tijde van dit arrest maakte het volgens het HvJ EU dus niet uit of sprake was van een concessie of (schaarse) vergunning, nu op beide instrumenten de fundamentele beginselen van het verdrag van toepassing waren.<sup>1188</sup> Inmiddels is dat dus anders met de concessierichtlijn.

In de zaak *Promoimpresa* kiest het HvJ EU echter hele andere criteria om te onderscheiden tussen een concessieopdracht en een vergunning; deze zaak blinkt echter niet uit in helderheid.<sup>1189</sup> Het ging in deze zaak om een Italiaanse wettelijke regeling waarin de automatische of herhaaldelijke verlenging werd geregeld van zgn. concessies voor het gebruik van een bepaald publiek domein aan de Italiaanse kust of aan Italiaanse meren, namelijk voor het verrichten van toeristische en recreatieve activiteiten. De vraag die bij het HvJ EU voorligt is dan of deze regeling in overeenstemming is met Verdragsbeginselen dan wel met de Dienstenrichtlijn. In dat verband onderzoekt het HvJ EU of sprake is van een concessieopdracht; volgens het Hof is dat in deze zaak niet het geval. Op basis van punt 15 uit de considerans lijkt het Hof hier doorslaggevend te achten, dat door de aanbestedende dienst slechts algemene voorwaarden voor het gebruik ervan worden vastgesteld zonder bepaalde werken of diensten aan te besteden.<sup>1190</sup> Van belang voor het onderscheid is volgens het Hof de vraag of al dan niet sprake is van een aanbesteding, ook te vertalen als 'aankoop', van diensten. Ook wijst het Hof op het feit dat het bij een concessieopdracht gaat om specifieke voorwaarden die door de aanbestedende dienst aan de dienstverrichting worden gesteld.

Het Hof wijkt daarmee (deels) af van de conclusie van de A-G, die in zijn conclusie vooral uitgaat van de twee onderscheidende criteria dat de aanbestedende dienst

1185. Wolswinkel, *EPPPL* 2017, p. 407.

1186. *Belgacom*, r.o. 27.

1187. *Belgacom*, r.o. 33.

1188. Zie ook: Wolswinkel, *EPPPL* 2017, p. 398 e.v.

1189. *Promoimpresa*; zie hierover: Wolswinkel, *EPPPL* 2017, p. 403 e.v.

1190. *Promoimpresa*, r.o. 48; Considerans punt 15, Richtlijn 2014/23/EU; zie: Wolswinkel, *EPPPL* 2017, p. 404.

de specifieke voorwaarden vaststelt waaraan de verrichting van diensten is onderworpen (i) en het feit dat de uitvoerder niet vrij is deze diensten niet te verrichten (ii).<sup>1191</sup> De A-G verwijst daarbij naar punt 14 van de considerans van de concessie-richtlijn. Op deze onderscheidende criteria gaat het HvJ EU in deze zaak echter niet in. Het is echter juist die afdwingbare uitvoeringsverplichting die als scheidslijn van belang is om steeds een doorslaggevend onderscheid te kunnen maken. Het vormt namelijk een belangrijk onderdeel van een overeenkomst onder bezwarende titel. Daarbij is het feit of een aanbestedende dienst al dan niet een aankoop doet, lang niet altijd duidelijk vast te stellen.

Duidelijkheid over de scheidslijnen is dan ook geboden. Zowel in het kader van de rechtszekerheid en uniforme interpretatie van begrippen in de lidstaten en door de rechter, alsook om verwarring over het onderscheid tussen de concessieopdracht en andere instrumenten te voorkomen.

### 6.6.2 Scheidslijn met openhousemodel: exclusieve selectie

Wat ten slotte het openhousemodel betreft, zal kunnen worden aangesloten bij het kenmerk van exclusieve selectie zoals besproken in hoofdstuk 5. Ook van een concessieopdracht zal slechts sprake kunnen zijn als een selectie uit geïnteresseerde ondernemingen wordt gemaakt om met exclusiviteit opdrachten te gunnen.<sup>1192</sup> De aanbestedingsrichtlijnen, en dit geldt dus ook de concessieopdracht, zien immers op de bescherming van inschrijvers tegen nationale begunstiging.<sup>1193</sup> Wordt daarentegen met iedere ondernemer die aan bepaalde randvoorwaarden voldoet een overeenkomst gesloten, waarbij de keuze aan derden wordt overgelaten, dan is net als bij de overheidsopdracht ook geen sprake van een concessieopdracht. Zo staat ook in de considerans bij de concessie-richtlijn vermeld dat regelingen waarin alle ondernemers die aan bepaalde voorwaarden voldoen zonder onderscheid het recht hebben een bepaalde taak uit te voeren, zoals systemen die de klant keuze bieden en systemen van dienstencheques, niet als concessies dienen te worden aangemerkt, ook als zij zijn gebaseerd op wettige overeenkomsten tussen de overheid en de ondernemers.<sup>1194</sup> De considerans noemt hier juist de organisatie van sociale diensten als voorbeeld, als het daaraan toevoegt dat 'dergelijke regelingen doorgaans zijn gebaseerd op een besluit van een overheidsinstantie waarin de transparante en niet-discriminerende voorwaarden worden gedefinieerd voor de permanente toegang van ondernemers tot de verlening van specifieke diensten, zoals sociale diensten, waarbij consumenten tussen deze ondernemers kunnen kiezen'.<sup>1195</sup> Zonder (exclusieve) selectie van één of meerdere ondernemers zal er dus, evenals bij een overheidsopdracht, nooit sprake zijn van een concessieopdracht.

1191. Conclusie A-G M. Szpunar van 25 februari 2016 bij zaken C-458/14 en C-67/15, ECLI:EU:C:2016:122 (*Promoimpresa*), punt 62 en 63.

1192. Zie hierover ook: Caranta, *CMLR* 2015, p. 447; Wolswinkel, *EPPPL* 2017, p. 401.

1193. Zie hierover uitgebreid hoofdstuk 5, waarin ik de zaken *Falk Pharma* en *Tirkkonen* bespreek.

1194. Considerans punt 13, Richtlijn 2014/23/EU.

1195. Idem.

Hier kan ten slotte nog worden opgemerkt dat niet-schaarse vergunningen en subsidies soms op basis van deze scheidslijn ook geen concessieopdracht zijn. Immers, wanneer deze worden verleend aan iedere aanvrager, vindt geen exclusieve selectie plaats. Toch moet het onderscheidende kenmerk tussen de concessieopdracht en de vergunning en subsidie, gezien bovenstaande, vooral worden gevonden in de overeenkomst onder bezwarende titel.

### 6.7 DE PLURIFORMITEIT VAN CONCESSIES IN NEDERLAND: WELKE CONCESSIES ZIJN EU-CONCESSIEOPDRACHTEN DIE MOETEN WORDEN AANBESTEED?

Ten slotte is er ook nog de nationale concessie. De vraag die hier gesteld kan worden is of alle concessies die in Nederland in omloop zijn ook een EU-concessieopdracht vormen.<sup>1196</sup> Hoewel in Nederland niet zoveel gebruik wordt gemaakt van de concessie als in sommige andere EU-lidstaten, zoals Frankrijk, Italië en Duitsland, bestaan ook in Nederland namelijk van oudsher diverse soorten concessies.<sup>1197</sup> Hier blijkt dus de in paragraaf 6.2 genoemde pluriformiteit van de concessie in de lidstaten, die lange tijd de totstandkoming van een concessierichtlijn belemmerden. Uit historisch onderzoek naar de concessie verricht door Dankers-Hagenaars, blijkt daarbij dat er in Nederland reeds lange tijd onduidelijkheid en discussie bestaat over de concessie, namelijk over haar inhoud en rechtskarakter.<sup>1198</sup> Deze onduidelijkheid lijkt dan deels voort te komen uit het aanduiden van de diverse soorten concessies die in de praktijk kunnen voorkomen onder de enkele noemer van concessie; in Frankrijk wordt dat onderscheid bijvoorbeeld wel duidelijk(er) door middel van zingevende toevoegingen: ‘*concession de service public*’, ‘*concession de travaux publics*’, ‘*concession d’occupation du domaine public*’.<sup>1199</sup> Ook zou een rol kunnen spelen dat de concessie niet in Nederlandse wetgeving is gedefinieerd. Overigens zijn ooit wel pogingen daartoe gedaan, maar die hebben het nooit gehaald.<sup>1200</sup> Zo is reeds in 1865 door Thorbecke een voorstel voor een algemene concessiewet gedaan. Verder kennen we in Nederland van oudsher enkele concessies met een wettelijke grondslag, zoals bijvoorbeeld de Mijnwet uit 1810 – die inmiddels is ingetrokken – of de huidige Wet personenvervoer 2000.<sup>1201</sup>

Sedert jaren is daarbij discussie gevoerd over het rechtskarakter van de concessie, en is dit instrument in Nederland afwisselend meer als een publiekrechtelijk (beschikking) dan wel meer als een privaatrechtelijk (overeenkomst) instrument aangeduid; een discussie die overigens parallellen vertoont met de discussie over de onderlinge verhouding tussen het publiek- en privaatrecht.<sup>1202</sup> Deze discussie heeft daarnaast raakvlakken met de vraag of alle activiteiten die in Nederland worden

1196. Zie hierover ook: Wolswinkel, *EPPL* 2017; Van Ommeren, *NTB* 2020/257.

1197. Zie hierover bijv.: Dankers-Hagenaars 2000; zie ook Nijhof 2000, p. 1.

1198. Idem.

1199. Dankers-Hagenaars 2000, p. 57.

1200. Dankers-Hagenaars 2000, p. 89 e.v.

1201. Dankers-Hagenaars 2000, p. 279; zie ook Huisman & Van Ommeren 2019, p. 399.

1202. Zie hierover Dankers-Hagenaars 2000, o.a. p. 117 e.v.; de discussie over het rechtskarakter van de concessie bestaat blijkens de aangehaalde literatuur reeds in de tweede helft van de negentiende eeuw. Zie over de onduidelijkheid over het rechtskarakter van de concessie ook reeds: Van Ommeren, *AA* 1987; Nijhof 2000. Zie recent: Van Ommeren, *NTB* 2020/257, p. 639-648.

aangemerkt als een concessie, ook een concessieopdracht in de zin van de concessierichtlijn zijn. De gedachte is namelijk wel dat de Europese concessieopdracht niet de publiekrechtelijke concessie, maar alleen privaatrechtelijk overheidshandelen zou omvatten.

Ten aanzien van het rechtskarakter stelt Dankers-Hagenaars uiteindelijk vast dat de concessie niet bestaat en dat daarom ook de vraag naar het rechtskarakter niet in algemene zin kan worden beantwoord.<sup>1203</sup> Nijhof komt echter tot de conclusie dat de concessie een bestuursrechtelijk instrument is, die dus thuishoort in het publiekrecht. Tegelijkertijd stelt Nijhof vast dat de tweezijdige rechtsbetrekking, die volgens Nijhof bij een concessie tot stand komt, niet past in het huidige bestuursrecht; een tweezijdig bestuursinstrument ontbreekt immers in het publiekrecht.<sup>1204</sup> Nijhof pleit dan ook voor de introductie van een publiekrechtelijke overeenkomst in het bestuursrecht.<sup>1205</sup> De concessie kan dan eenvoudigweg onder de publiekrechtelijke overeenkomst worden geschaard. Volgens Schlössels en Zijlstra is duidelijk sprake van een publiekrechtelijke rechtshandeling en meer specifiek een beschikking.<sup>1206</sup> Daarbij stellen zij de vraag, ten aanzien van het hierboven veronderstelde probleem van de tweezijdige (publiekrechtelijke) rechtshandeling, of de zaken op deze wijze niet onnodig worden gecompliceerd. Immers, stellen Schlössels en Zijlstra, men hoeft de concessie niet direct als een overeenkomst te beschouwen omdat de wederpartij er mee moet instemmen; men kan de overeenkomst die in het kader van de concessie wordt gesloten ook zien als een ‘acte negocié’, vergelijkbaar met – in het verleden – de aanstelling van een ambtenaar.<sup>1207</sup>

Wat de verschillende soorten concessies in Nederland en hun rechtskarakter betreft, is door Huisman en Van Ommeren een heldere onderverdeling gemaakt in wettelijke en buitenwettelijke concessies.<sup>1208</sup> Daaruit volgen drie verschillende soorten concessies. Allereerst bestaat er in Nederland de wettelijke concessie. Deze concessies worden verleend op basis van een wettelijke grondslag. In specifieke wettelijke bepalingen is dan aan een bestuursorgaan de bevoegdheid toegekend tot het verlenen van concessies. Voorbeelden daarvan zijn te vinden in de Wet personenvervoer 2000, de Mediawet 2008 en de Spoorwegwet.<sup>1209</sup> Volgens Huisman en Van Ommeren is deze concessie aan te merken als een publiekrechtelijke rechtshandeling en daarom een besluit in de zin van art. 1:3 lid 1 Awb; meer in het bijzonder betreft deze concessie een beschikking.<sup>1210</sup> Huisman en Van Ommeren merken daarbij op dat in de praktijk in aanvulling op deze publiekrechtelijke concessie wel een overeenkomst, doorgaans uitvoeringsovereenkomst genoemd, tussen de concessieverlener en de concessiehouder wordt gesloten. Daarin worden dan de concessievoorwaarden beschreven en wordt wederzijds akkoord gegaan met de uitvoeringsvoorwaarden en -verplichtingen van de concessie.

1203. Dankers-Hagenaars 2000, p. 268-269.

1204. Nijhof 2000, p. 240 e.v.

1205. Nijhof 2000, p. 292 e.v.

1206. Schlössels & Zijlstra 2010, p. 839.

1207. Idem.

1208. Huisman & Van Ommeren 2019, p. 399 e.v.

1209. Huisman & Van Ommeren 2019, p. 399; zie ook: Van Ommeren, *NTB* 2020/257, p. 639.

1210. Huisman & Van Ommeren 2019, p. 400.

Daarnaast zijn er volgens Huisman en Van Ommeren de buitenwettelijke concessies.<sup>1211</sup> Deze vorm van concessies worden, in tegenstelling tot de wettelijke concessies, gesloten zonder dat het bestuursorgaan daarvoor een specifieke wettelijke titel heeft. Deze concessies zijn dus ook niet gebaseerd op een specifieke wet. Doorgaans worden deze concessies gesloten op privaatrechtelijke titel, maar niet altijd. Volgens Huisman en Van Ommeren hebben deze soort concessies op basis van een privaatrechtelijke titel dan ook een privaatrechtelijk karakter en horen zij thuis bij de privaatrechtelijke overheidsvereenkomsten.<sup>1212</sup> Voorbeelden van deze concessies zijn opdrachten tot het voor eigen risico exploiteren van bijvoorbeeld huishoudelijke afval, zwembaden of parkeergarages. Ook het organiseren van sociale diensten door middel van concessies moet onder deze categorie worden geschaard. Hierbij treedt de overheid op als eigenaar van bepaalde grond dan wel werken of als opdrachtgever voor het verrichten van bepaalde diensten. Het zijn deze concessies op privaatrechtelijke titel, die volgens Huisman en Van Ommeren zijn aan te merken als een EU-concessieopdracht (in de zin van de Aw 2012).<sup>1213</sup>

Ten slotte is er volgens Huisman en Van Ommeren, en dat is dan de derde soort te onderscheiden concessie in Nederland, ook nog de buitenwettelijke concessie met een publiekrechtelijk karakter.<sup>1214</sup> Zij leiden deze derde soort concessie af uit – schaarse – jurisprudentie van de bestuursrechter, waarin hij de verlening van een concessie, ondanks het ontbreken van een specifieke wettelijke grondslag, aanmerkt als een besluit in de zin van art. 1:3 Awb. De bestuursrechter ziet de publiekrechtelijke titel dan met name in de publiekrechtelijke taak of publieke zorg van de overheid.<sup>1215</sup> Huisman en Van Ommeren wijzen erop dat deze laatste soort buitenwettelijke publiekrechtelijke concessie op gespannen voet staat met het legaliteitsbeginsel.<sup>1216</sup>

Van Ommeren bracht de plaats en het rechtskarakter van de (Nederlandse) concessie weer onder de aandacht met het oog op de Europese concessierichtlijn.<sup>1217</sup> In dat verband wijst Van Ommeren op het belang van het nauwkeurig onderscheiden van de concessie met instrumenten als de vergunning, subsidie en de overheidsopdracht. In verband met de correcte toepassing van de EU-concessierichtlijn moet namelijk duidelijk zijn welk bestuursoptreden als een concessieopdracht moet worden aangemerkt als bedoeld in de Aw 2012. Bovendien wijst ook Van Ommeren op het risico van verwarring tussen instrumenten die in de praktijk kan voorkomen. In dat verband is het aan de wetgever om goede aanduidingen te gebruiken wanneer

1211. Idem.

1212. Huisman & Van Ommeren 2019, p. 400-401.

1213. Idem.

1214. Huisman & Van Ommeren 2019, p. 401.

1215. Idem. Het gaat dan om: ABRvS 6 februari 2008 ECLI:NL:RVS:2008:BC3610, JB 2008/70, m.nt. L.J.M. Timmermans (*Concessie leidingen winning steenzout*); ABRvS 3 maart 2004, AB 2004/241, m.nt. G.A. van der Veer.

1216. Huisman & Van Ommeren 2019, p. 401.

1217. Van Ommeren, NTB 2020/257. Eerder wees Wolswinkel ook reeds op het belang van de scheidslijnen tussen m.n. de concessie en de vergunning met het oog op de concessierichtlijn, Wolswinkel, EPPPL 2017.

hij een keuze maakt om een concessie-, vergunningen-, of subsidiestelsel in te richten. Zo zou verwarring in de praktijk volgens Van Ommeren kunnen worden voorkomen.<sup>1218</sup>

Daarbij echter de volgende opmerking. Met het oog op het onderscheiden tussen de (Europese) concessieopdracht zoals neergelegd in de Aw 2012 en andere concessies of andere instrumenten, is van belang dat de EU-definitie van de concessieopdracht neergelegd in Richtlijn 2014/24/EU voortgaat op nationale definities van de concessie. Dit bleek ook duidelijk uit de hiervoor besproken jurisprudentie.<sup>1219</sup> Ook staat die EU-definitie boven de nationale onderverdeling naar publiek- of privaatrecht. Dit betekent dan ook dat alle Nederlandse concessies – publiekrechtelijk dan wel privaatrechtelijk – die aan die EU-definitie voldoen, als een concessieopdracht moeten worden aangemerkt en overeenkomstig die regels moeten worden gegund. Wanneer in dat verband sprake is van een overeenkomst onder bezwarende titel voor de uitvoering van diensten tussen een aanbestedende dienst en een ondernemer, waarbij de tegenprestatie bestaat in een exploitatierecht, zal sprake zijn van een concessieopdracht. In dat verband geldt dat ook als de concessie naar Nederlands recht is aangemerkt als een (eenzijdige) beschikking, dat ook dan moet worden gezien of daarnaast sprake is van een overeenkomst onder bezwarende titel als bedoeld in de concessierichtlijn.<sup>1220</sup> Hiervan zou óók sprake kunnen zijn bij de publiekrechtelijke concessie; namelijk als bij die concessie, die hierboven als wettelijke concessies zijn aangemerkt, tevens een (uitvoerings)overeenkomst wordt gesloten. Evenwel zullen sommige van deze wettelijke concessies wellicht kunnen worden aangemerkt als uitsluitende rechten, waarvoor een uitzondering in de concessierichtlijn is opgenomen.<sup>1221</sup>

Van Ommeren pleitte in 2020 voor het opnemen van een definitie van de concessie in de Aanwijzingen voor de regelgeving en gaf een suggestie mee aan de wetgever.<sup>1222</sup> Daarbij gaat het Van Ommeren vooral om de definiëring van de wettelijke en dus de publiekrechtelijke concessie en zou vervolgens in de toelichting kort verband kunnen worden gelegd met het concessiebegrip van de Aanbestedingswet 2012. Eerder zijn ook reeds andere suggesties gedaan. Zo pleitte Drahmman voor het opnemen van een definitie naar analogie van de Europese definitie.<sup>1223</sup> Volgens Van Ommeren zou een dergelijke Europese definitie echter een te beperkte definitie vormen, omdat niet alle concessies daaronder vallen.<sup>1224</sup>

Ik deel het pleidooi van deze auteurs voor het opnemen van een definitie in de Aanwijzingen voor de regelgeving (Ar). Op deze wijze kan er meer duidelijkheid en rechtszekerheid worden geboden over de karakteristieken van dit instrument en de afbakening daarvan met andere instrumenten. Met het oog op het voorgaande zou het echter goed zijn als daarbij wordt benadrukt dat wanneer de criteria van

1218. Van Ommeren, *NTB 2020/257*, p. 639.

1219. HvJ EU 18 juli 2007, zaak C-382/05, ECLI:EU:C:2007:445 (*Commissie/Italië*), r.o. 30-31; *Acoset*, r.o. 38; *Stadler/Passau*, r.o. 23; *Norma-A SIA*, r.o. 40.

1220. Vgl. hoofdstuk 4, par. 4.3; zie ook hiervoor als scheidlijn tussen de vergunning/subsidie.

1221. Van Ommeren, *NTB 2020/257*, p. 645.

1222. Van Ommeren, *NTB 2020/257*, p. 647.

1223. Drahmman 2015, p. 140, 310.

1224. Van Ommeren, *NTB 2020/257*, p. 648.

de Europese definitie van een concessieopdracht (of overheidsopdracht) zijn vervuld, deze opdracht door middel van een aanbestedingsprocedure moet worden gegund. Ook zou duidelijk moeten worden gemaakt dat dit Europese begrip voorgaat op nationale benamingen en dat dan ook elk handelen dat voldoet aan de (ruime) omschrijving van deze definitie betekent dat de aanbestedingsregels van toepassing zijn, ongeacht of in Nederland daaraan een publiekrechtelijk dan wel privaatrechtelijk karakter wordt gegeven.

## 6.8 CONCLUDEREND

Naast de instrumenten van de overheidsopdracht, vergunning, subsidie en het openhousemodel is er nog een instrument om taken in de samenleving te organiseren: de concessieopdracht. Dit instrument voorziet in een mogelijkheid om door middel van een afdwingbare overeenkomst (onder bezwarende titel) door één of meer ondernemers taken te laten uitvoeren, waarbij de aanbestedende dienst als tegenprestatie een exploitatierecht toekent. Daarmee draagt de aanbestedende dienst dan ook de verplichting om de taak uit te voeren, en het daarbij horende exploitatierisico, over op de concessiehouder. Bij het exploitatierisico gaat het dan om het risico van vraag en/of aanbod. Dit instrument is dan ook met name geschikt als er derden zijn aan wie de concessiehouder zijn diensten kan aanbieden en op die wijze zijn exploitatierecht kan uitoefenen. Hier dringt zich een vergelijking op met sociale diensten, waarbij er immers derden zijn, de cliënten, die van de diensten gebruik willen maken.

De concessieopdracht is inmiddels gereguleerd in Richtlijn 2014/23/EU. Door middel van een procedure waarin aanbestedende diensten veel vrijheid hebben (meer dan bij de overheidsopdracht) om deze in te richten, moeten vooral midden- en kleine ondernemers meer kansen krijgen op een concessieopdracht. Daarnaast is de gedachte achter deze concessierichtlijn dat de aanbestedende dienst de beste aanbieder en aanbidding kan selecteren uit de gegadigden. Als het gaat om sociale diensten zullen dan ook bij het selecteren van de concessiehouder elementen van goede zorg (tegen een goede prijs) kunnen worden meegenomen bij de uiteindelijk beoordeling van de inschrijvingen. Voor sociale diensten bestaan er echter geen grote verschillen tussen de regeling van overheids- en concessieopdrachten als voor beide een licht regime geldt. Wel geldt een veel hogere toepassingsdrempel dan bij overheidsopdrachten. Opvallend is daarnaast dat de Nederlandse wetgever bij de regeling van concessieopdrachten voor sociale diensten meer bepalingen van toepassing heeft verklaard dan bij overheidsopdrachten voor deze diensten.

Over de scheidslijnen tussen de concessieopdracht en andere rechtsinstrumenten ontstaat in de praktijk regelmatig onduidelijkheid. Dit betreft gezien de jurisprudentie van het HvJ EU met name de scheidslijn tussen de overheids- en de concessieopdracht, maar ook wel die tussen de concessieopdracht en vergunningen of subsidies. In het kader van de uniforme toepassing van begrippen in de lidstaten en in het kader van de rechtszekerheid is verduidelijking op dit punt dan ook gewenst. Wat allereerst het onderscheid tussen de concessie- en de overheidsopdracht betreft, is in jurisprudentie duidelijk gemaakt dat het gaat om twee (cumulatieve) criteria (de scheidslijnen) die inmiddels ook in de concessierichtlijn zijn gecodifi-



ceerd: het exploitatierecht als tegenprestatie (1) en overdracht van exploitatierisico (2). Op dit punt verdient verduidelijking wat als ondergrens heeft te gelden bij het vereiste exploitatierisico: welk risico's moeten als louter nominaal of verwaarloosbaar worden aangemerkt? Daarnaast dringt zich de vraag op naar de rechtvaardiging van het onderscheid tussen de reguliere aanbestedingsrichtlijn en de concessierichtlijn, met name als het overgedragen risico beperkt is. Ook overheidsopdrachten kunnen namelijk voor ondernemers grote risico's inhouden. Tekenend is dat in Spanje reeds is voorzien in een vergelijkbare regeling voor concessie- en overheidsopdrachten.

Wat ten tweede het onderscheid tussen de concessieopdracht en de instrumenten vergunning/subsidie/openhousemodel betreft, kan worden aangesloten bij vergelijkbare scheidslijnen als bij de overheidsopdracht. Net als bij de overheidsopdracht dient hier de definitie van de concessieopdracht te worden aangevuld met de drie sub-criteria die voortvloeien uit de overeenkomst onder bezwarende titel (rechtstreeks economisch belang, afdwingbare uitvoeringsplicht en de tegenprestatie) en daarnaast het criterium van exclusieve selectie; dit zijn de scheidslijnen met deze instrumenten.

In dit hoofdstuk is verder bezien of een verwarring tussen deze instrumenten ook optreedt bij het organiseren van sociale diensten. In Nederland wordt niet (bewust) voor de concessie gekozen om sociale diensten te organiseren. Er kan echter worden gesteld dat bij een procedure waarbij aan een zorgaanbieder de op een gemeente rustende verplichting om zorg te organiseren (bijna) geheel wordt overgedragen, namelijk als deze zorgaanbieder tegen een bepaald maximumbudget de zorg slim, efficiënt en innovatief dient te organiseren en hij dus op die wijze zijn eigen beloning dient te 'exploiteren', de kenmerken van een concessieopdracht aanwezig zijn. Wanneer echter de risico's (van vraag en/of aanbod) vervolgens door middel van (omzet)garanties weer worden gecompenseerd, is geen sprake van een concessieopdracht. Aangezien dit laatste doorgaans het geval is, zal in Nederland vooralsnog van dit instrument geen of weinig gebruik gemaakt worden. Mogelijk kan dit instrument in de toekomst een reële(re) optie worden als bijvoorbeeld om redenen van stijgende zorgkosten en de betaalbaarheid van de zorg wordt gekozen voor een stelsel waarbij een bepaalde groep gebruikers, eventueel door middel van verzekeringen, deze diensten (deels) zelf moeten gaan betalen. Ook hier geldt echter dat kenmerkend is voor een concessieopdracht dat risico's – ook al kunnen ze beperkt zijn door nationale regels – daadwerkelijk aan de zorgaanbieder moeten worden overgedragen. De vraag die in dit verband nader onderzocht moet worden is of dit bij sociale diensten in het kader van goede zorg wenselijk wordt geacht, bijvoorbeeld met het oog op eventuele perverse prikkels die daardoor kunnen ontstaan en het risico dat zorgaanbieders in financiële problemen komen met alle nadelige gevolgen van dien voor cliënten.



## Hoofdstuk 7

# Procedures Prestatie-inkoop, Zeeuws model, Dialooggericht contracteren en onderhandelingsprocedure sociaal domein: overheidsopdracht of openhousemodel?

### 7.1 INLEIDING

In het sociaal domein zijn in de praktijk – en in samenwerking met de inkoop-technische en bestuurskundige wetenschappen – diverse inkoopprocedures ontwikkeld om sociale diensten in te kopen. Deze procedures zijn als zodanig niet in de Aanbestedingswet terug te vinden. Volgens de Monitor Gemeentelijke Zorginkoop 2020 konden in dat jaar de volgende procedures worden onderscheiden: *Best Value Procurement* (BVP), die bij het organiseren van sociale diensten wordt aangeduid als Prestatie-inkoop (i), het Zeeuws model (ii), Dialooggerichte procedure (iii) en de onderhandelingsprocedure sociaal domein (hierna: OSD) (iv).<sup>1225</sup> Zo is bijvoorbeeld in 2020 voor Wmo-diensten – als wordt gekeken naar het totaal van de dan lopende overeenkomsten – in 25% van de gevallen gekozen voor een Zeeuws model, in 55% van de gevallen voor de Dialooggerichte procedure, en heeft 1% gekozen voor de procedure Prestatie-inkoop – het gaat dan om respectievelijk 303, 661 en 17 overeenkomsten.<sup>1226</sup> Daarnaast wordt overigens ook wel gekozen voor een van de wettelijk omschreven aanbestedingsprocedures zoals het dynamisch aankoopstelsel (art. 2.48 Aw 2012) of een raamovereenkomst (art. 2.44 Aw 2012); deze procedures zijn wel in de Aw 2012 opgenomen en worden in dit hoofdstuk buiten beschouwing gelaten.

Het gebruik van dergelijke niet-gereguleerde procedures voor het organiseren van sociale diensten bestond reeds onder het voorheen geldende IIB-regime van Richtlijn 2004/18. Op basis van deze aanbestedingsrichtlijn waren namelijk slechts enkele aanbestedingsregels van toepassing op sociale diensten – toen nog IIB-diensten genoemd. Er bestond dan ook veel ruimte om een op sociale diensten toegespitste procedure te hanteren.<sup>1227</sup> Gebruikmakend van deze ruimte zijn dan ook procedures ontwikkeld die bijvoorbeeld rekening houden met de behoefte aan tussentijds wijzigen van de opdracht of de behoefte aan onderhandelingen dan wel dialoogsessies tussen gemeenten en zorgaanbieders om de voorwaarden van de overeenkomst vast te stellen.

Met Richtlijn 2014/24 zijn sociale diensten onder een lichte regeling gaan vallen, die in art. 2.38 en 2.39 Aw 2012 is geïmplementeerd. Op grond van de richtlijn is er nog steeds veel ruimte om een passende procedure voor sociale diensten in te

1225. Uenk & Wind 2020, p. 19-20.

1226. Uenk & Wind 2020, p. 31. Er is dus niet alleen naar de nieuwe overeenkomsten gekeken per 2020, die getallen zijn anders. In 2020 koos 36% voor Zeeuws model en 36% voor de Dialooggerichte procedure.

1227. Zie uitgebreider hoofdstuk 3, par. 3.3.1; zie ook: *Gids Sociaal Kopen* 2021, p. 64-65. Zie over (de opkomst van) deze procedures ook: Uenk 2019, p. 156 e.v.

richten.<sup>1228</sup> Zoals echter in paragraaf 3.3.2 uiteengezet, geldt dat de lidstaten, en daarmee dus de Nederlandse wetgever een procedure moet opstellen voor de gunning van deze diensten. Aangezien in art. 2.39 Aw 2012, inzake de zogenoemde SAS-procedure,<sup>1229</sup> door de wetgever slechts op summier wijze een procedure wordt omschreven – niet duidelijk is onder meer op welke wijze opdrachten voor sociale en andere specifieke diensten kunnen worden gegund: de uitwerking van de gunningsfase ontbreekt – is het niet verwonderlijk dat in de praktijk door gemeenten nog steeds niet-gereguleerde procedures worden gehanteerd (en doorontwikkeld) om deze SAS-procedure verder in te vullen. Daarnaast worden sommige procedures vormgegeven als een openhousemodel; is dat het geval dan vallen de procedures niet onder het aanbestedingsrecht.

In dit hoofdstuk staan de hiervoor genoemde niet-gereguleerde procedures Prestatie-inkoop, Zeeuws model, Dialooggerichte procedure en OSD centraal. Allereerst is van belang dat ook bij toepassing van dergelijke procedures steeds moet worden bezien van welk instrument volgens het recht sprake is. Als namelijk sprake is van een overheidsopdracht, moeten de aanbestedingsregels worden toegepast, als bijvoorbeeld sprake is van een openhousemodel zijn de regels zoals uiteengezet in paragraaf 5.4 van toepassing. Deze niet-gereguleerde procedures kunnen daarbij onder verschillende instrumenten (dat wil zeggen juridische kaders) vallen, afhankelijk van de wijze waarop de procedure wordt toegepast. Nu deze niet-gereguleerde procedures vaak in plaats van een overheidsopdracht, openhousemodel of bijvoorbeeld concessieopdracht worden gekozen, zonder deze daaraan per geval te toetsten, kan het risico ontstaan dat de scheidslijnen tussen deze rechtsinstrumenten niet worden herkend en een verkeerd juridisch kader wordt toegepast. Zo volgde ook uit de analyse verricht in de Monitor Gemeentelijke Zorginkoop dat bij sommige van deze procedures regelmatig het aanbestedingsrecht van toepassing wordt verklaard, terwijl sprake is van een openhousemodel.<sup>1230</sup>

In dit hoofdstuk zullen allereerst in paragraaf 7.2 de hierboven genoemde niet-gereguleerde procedures kort worden beschreven en wordt aan de hand van de karakteristieken bezien van welk instrument volgens het recht sprake is of kan zijn. Aangezien het doorgaans gaat om een overheidsopdracht dan wel een openhousemodel, zullen de kernelementen van deze procedures in paragraaf 7.3 aansluitend worden getoetst aan het aanbestedingsrecht en vervolgens in paragraaf 7.4 aan de regels die gelden voor een openhousemodel. In paragraaf 7.5 wordt kort stilgestaan bij de (on)mogelijkheden om bij een overheidsopdracht en openhousemodel te kunnen onderhandelen met zorgaanbieders; de meeste van de niet-gereguleerde procedures hebben namelijk gemeenschappelijk dat onderhandelingen daarvan deel uitmaken.

1228. Zie art. 74-76 Richtlijn 2014/24/EU.

1229. Zie over de inhoud daarvan ook: par. 3.3.2.

1230. Uenk & Wind 2020, p. 30-31. Zie ook: Uenk, Wind & Telgen 2019; Uenk e.a. 2018 (de Monitor van 2018 en 2019).

## 7.2 PRESTATIE-INKOOP, ZEEUWS MODEL, DIALOOGGERICHTE PROCEDURE EN ONDERHANDELINGSPROCEDURE SOCIAAL DOMEIN

Hieronder worden de verschillende inkoopprocedures die volgen uit de Monitor Gemeentelijke Zorginkoop 2020, kort beschreven.<sup>1231</sup> Ook de beschrijving is ontleend aan deze Monitor. Op basis van de karakteristieken van de procedures zal daarbij ook worden vastgesteld van welk instrument volgens het recht sprake is of kan zijn.

### *Prestatie-inkoop*

De procedure van Prestatie-inkoop lijkt veel op de procedure *Best Value Procurement*, die ook buiten het sociaal domein regelmatig wordt gehanteerd.<sup>1232</sup> Deze procedure wordt in de Monitor omschreven als een procedure waarbij de gemeente de opdracht functioneel specificeert. Dit betekent dat de opdracht zodanig wordt beschreven dat het doel centraal staat. Dit staat tegenover technisch specificeren waarbij specifiek wordt voorgeschreven hoe de opdracht moet worden uitgevoerd. Bij functioneel specificeren ontstaat ruimte voor inschrijvers om met innovatieve oplossingen te komen om sociale diensten van goede kwaliteit te organiseren.<sup>1233</sup> Daarnaast wordt bij deze procedure aan zorgaanbieders gevraagd hun expertise aan te tonen door het uitvragen van de te verwachten risico's en kansen (in een zgn. RAVA-document: *Risk Assessment Value Added Plan*). Onderdeel van deze procedure is ook een interview. De gemeente toetst het gunningscriterium 'kwaliteit' mede op basis van interviews met de sleutelfunctionarissen van de zorgaanbieders. De aanbesteding vindt voorts plaats in twee fases: in de eerste fase selecteert de gemeente de beste partij op basis van de inschrijvingen (de offerte-fase), de tweede fase betreft de concretiseringsfase, waarbij de gemeente en de winnende inschrijver gezamenlijk de details van de overeenkomst verder uitwerken. Soms komen gemeente en zorgaanbieder er in de concretiseringsfase niet uit. In dat geval kan de gemeente met een nieuwe zorgaanbieder (degene die als tweede is geëindigd), nogmaals een concretiseringsfase starten.

De procedure Prestatie-inkoop wordt gehanteerd om één of meerdere zorgaanbieders te contracteren voor de uitvoering van sociale diensten. Het gaat bij deze procedure dan ook om een overheidsopdracht in de zin van de Aw 2012. Gemeenten hanteren deze procedure doorgaans om een hele opdracht aan één partij te gunnen. Afhankelijk van de wijze waarop de procedure wordt ingezet, zou het naast een overheidsopdracht ook kunnen gaan om een concessieopdracht (zie voor de onderscheidende kenmerken met name paragraaf 6.2.1 en 6.4).

1231. Uenk & Wind 2020, p. 19-20.

1232. Beschrijving ontleend aan: Uenk & Wind 2020, p. 19-20.

1233. Zie voor een definitie o.a. ook: factsheet PIANOo, Functioneel specificeren, via: [https://www.piano.nl/sites/default/files/documents/gerelateerd/factsheet\\_functioneel\\_specificeren-december2017.pdf](https://www.piano.nl/sites/default/files/documents/gerelateerd/factsheet_functioneel_specificeren-december2017.pdf) (laatst gezien: 18 augustus 2021).

*Zeeuws model*

Bij de procedure van het Zeeuws model stelt de gemeente een overeenkomst en programma van eisen op.<sup>1234</sup> De geschiktheidseisen, uitvoeringseisen en voorwaarden – inclusief tarieven – zijn standaard. De gemeente publiceert deze voorwaarden en iedere zorgaanbieder die aan de eisen voldoet en akkoord gaat met de voorwaarden, komt in aanmerking voor een raamovereenkomst. De cliënt zelf kiest uiteindelijk zijn zorgaanbieder uit alle gecontracteerde zorgaanbieders.

Deze procedure vertoont duidelijk kenmerken van een openhousemodel, aangezien met iedere geïnteresseerde zorgaanbieder die aan de (rand)voorwaarden voldoet een contract wordt gesloten en het vervolgens aan de cliënten wordt overgelaten om voor een van de zorgaanbieders te kiezen. Daarbij worden geen gunningscriteria gesteld. Zoals besproken in paragraaf 5.2 is in die situatie geen sprake van een overheidsopdracht. Uiteraard is dat anders als sprake is van verkapte gunningscriteria, die uiteindelijk wel een exclusieve selectie tot resultaat hebben. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn als loting wordt toegepast om met exclusiviteit contracten aan één of meer zorgaanbieders te gunnen. Daarnaast moet een procedure ook steeds aan de voorwaarden van een openhousemodel voldoen (zie paragraaf 7.4).

*Dialoggerichte procedure*

De Dialoggerichte procedure staat ook wel bekend onder andere namen zoals ‘bestuurlijk aanbesteden’, relationeel contracteren, dynamisch contracteren en beheren en bestuurlijk contracteren.<sup>1235</sup> Net als bij een Zeeuws model stelt de gemeente hier een overeenkomst en programma van eisen op en worden geschiktheids-, uitvoeringseisen en voorwaarden – inclusief tarieven – vastgesteld. Ook bij deze procedure worden (doorgaans) geen gunningscriteria opgenomen, maar wordt de keuze voor een zorgaanbieder aan cliënten overgelaten.

Bij deze procedure sluit de gemeente echter anders dan het Zeeuws model vervolgens een aparte overeenkomst waarin ‘spelregels’ worden afgesproken om in gezamenlijkheid met zorgaanbieders in dialoogsessies de inhoud van de uiteindelijke uitvoeringsovereenkomst af te stemmen. In enkele rondes van plenaire besprekingen, waarbij partijen die niet aan tafel kunnen zitten digitaal mogen reageren, wordt de inhoud van de overeenkomst vastgesteld.

Evenals het Zeeuws model heeft ook de Dialoggerichte procedure kenmerken van een openhousemodel. Ook hier mogen immers alle zorgaanbieders die aan de (rand)voorwaarden voldoen, toetreden tot de overeenkomst en wordt de keuze (doorgaans) overgelaten aan de cliënt. Dit hangt uiteraard wel af van het feit of door een gemeente in een concreet geval al dan niet gunningscriteria worden gesteld. Opvallend is echter bij deze procedure dat de uiteindelijke uitvoeringsovereenkomst in gezamenlijkheid met de zorgaanbieders tot stand komt en dat zorgaanbieders daarmee dus akkoord moeten gaan. De vraag is of dit bij een openhousemodel mogelijk is (meer daarover in: paragraaf 7.4).

1234. Beschrijving ontleend aan: Uenk & Wind 2020, p. 19-20.

1235. Beschrijving ontleend aan: Uenk & Wind 2020, p. 19-20.

*Onderhandelingsprocedure sociaal domein*

In de Monitor van 2020 wordt ten slotte ook de ‘onderhandelingsprocedure sociaal domein’ (OSD) als een nieuwe procedure onderscheiden.<sup>1236</sup> Deze procedure lijkt volgens de Monitor afgeleid te zijn van enkele in de Aanbestedingswet 2012 omschreven procedures, zoals de concurrentiegerichte dialoog. Deze procedures worden echter niet volledig gevolgd. De gemeenten die deze procedure hanteren, stellen daarbij expliciet dat zij gebruik maken van de ruimte die de SAS-procedure hen biedt.

De procedure houdt het volgende in. Gemeenten selecteren allereerst met behulp van selectiecriteria de zorgaanbieders. Gemeenten hanteren deze selectiecriteria op een tweetal wijzen: ofwel als ‘minimumeis’ waaraan voldaan moet worden (alle aanbieders die voldoen worden toegelaten tot de onderhandelingsfase – ‘niet selectief’), ofwel om het aantal geïnteresseerde aanbieders te beperken tot een vooraf vastgesteld x-aantal om mee te gaan onderhandelen (‘selectief’). Vervolgens gaan gemeenten met de zorgaanbieders die door de selectie heen komen in één of meerdere rondes één-op-één onderhandelen. De contracten worden, in tegenstelling tot de concurrentiegerichte dialoog, echter niet gesloten met de beste vooraf vastgestelde ‘x’-aantal zorgaanbieders op basis van gunningscriteria, maar met elke zorgaanbieder die door de selectie is gekomen – mits de onderhandelingen slagen. Ook wordt er niet – zoals bij de mededingingsprocedure met onderhandeling – een initiële offerte uitgevraagd. De procedure verschilt van de eerdergenoemde dialooggerichte procedure doordat onderhandelingen hier één-op-één (en niet plenaire) plaatsvinden.

De procedure bestaat uit vier stappen: 1) een publicatiefase waarin de uitvraag wordt gepubliceerd en geïnteresseerde aanbieders vragen kunnen stellen, 2) een registratiefase waarin een (eventueel vooraf vastgesteld) aantal aanbieders geselecteerd wordt voor de onderhandelingsronde(s), 3) een onderhandelingsfase waarin met ieder van de geselecteerde zorgaanbieders individueel onderhandeld wordt, 4) een ‘Best And Final Offer’ fase waarin de geselecteerde zorgaanbieders hun offerte kunnen indienen, op basis waarvan de contracten toegekend worden aan de zorgaanbieder(s).

Deze procedure vertoont wat betreft de niet-selectieve variant op het eerste gezicht kenmerken van een openhousemodel: alle zorgaanbieders die aan de randvoorwaarden of minimumeisen voldoen, mogen toetreden en de keuze wordt aan de cliënt overgelaten. Toch moet de vraag worden gesteld of daar in dit geval sprake van kan zijn. Na deze selectiefase volgen immers één op één onderhandelingen met de toetredende zorgaanbieder; toetreding wordt daarbij afhankelijk van de vraag of de onderhandelingen slagen. Anders dan bij een openhousemodel staan dus nog niet alle voorwaarden vooraf vast en kan niet iedere zorgaanbieder die voldoet, daadwerkelijk toetreden. De voorwaarden waaraan een openhousemodel moet voldoen worden hierna in paragraaf 7.4 getoetst.

De variant waarbij vooraf wordt bepaald dat met een x-aantal zorgaanbieders een contract wordt gesloten, is in ieder geval een overheidsopdracht die moet worden aanbesteed. Hier zijn immers (gunnings)criteria nodig die deze exclusieve selectie

1236. Beschrijving ontleend aan: Uenk & Wind 2020, p. 20.

mogelijk maken. In dat geval moet de procedure dan ook worden getoetst aan de aanbestedingsregels. Ook hier kan de vraag worden gesteld of de procedure daarmee in overeenstemming is; daarover meer in paragraaf 7.3.

Het hangt dan ook bij alle procedures steeds af van de wijze waarop een procedure wordt toegepast of sprake is van een overheidsopdracht of een openhousemodel (of wellicht een concessieopdracht). Dit moet per geval worden getoetst. Daarbij geldt dat met name het Zeeuws model duidelijk kenmerken vertoont van een openhousemodel en dat Prestatie-inkoop een procedure betreft om een overheidsopdracht te gunnen. Van belang is vervolgens of deze procedures ook aan de toepasselijke regels voldoen, daarover meer in de volgende paragrafen.

### 7.3 KERNELEMENTEN INKOOPPROCEDURES GETOETST AAN HET AANBESTEDINGSRECHT

Als sprake is van een overheidsopdracht – ongeacht welke specifieke procedure wordt gekozen om de zorgaanbieders te contracteren – is het aanbestedingsrecht van toepassing. In dat geval mag de procedure, en de verschillende elementen van die procedure, niet in strijd zijn met dit recht.

Van belang is in dat opzicht dat, zoals beschreven in hoofdstuk 3, paragraaf 3.3, bij sociale diensten slechts basisregels van toepassing zijn. Het gaat met name om de aanbestedingsbeginselen: het non-discriminatie, gelijkheids-, transparantie- en proportionaliteitsbeginsel. In de specifieke regeling voor sociale diensten is namelijk opgenomen dat de lidstaten een procedure voor sociale diensten moeten opstellen ‘om ervoor te zorgen dat de aanbestedende diensten bij het gunnen van deze opdrachten de beginselen van transparantie en gelijke behandeling van ondernemers naleven’.<sup>1237</sup> Opvallend is dat het proportionaliteitsbeginsel daarbij niet is genoemd. Als een algemeen beginsel van zowel EU- als nationaal recht zal dit beginsel echter ook van toepassing zijn. Daarnaast is het proportionaliteitsbeginsel in de Aanbestedingswet 2012 expliciet van toepassing verklaard op het gunnen van sociale diensten.<sup>1238</sup> Ook geldt dat dit beginsel een belangrijke rol speelt, onder meer om het gelijkheidsbeginsel te waarborgen.

Om vast te stellen of bovengenoemde procedures kunnen worden gebruikt om overheidsopdrachten voor sociale diensten te gunnen, moeten zij dan ook worden getoetst aan deze beginselen. Tevens is van belang dat het aanbestedingsrecht uitgaat van objectiviteit en ziet op (effectieve) mededinging door middel van een aanbestedingsprocedure.

Hieronder zal ik een aantal kernelementen van deze procedures, die een spanning kunnen opleveren met deze beginselen en uitgangspunten, eruit lichten en aan het aanbestedingsrecht toetsen. Daarbij zal ik niet de procedure zelf toetsen, maar een aantal belangrijke elementen van de verschillende procedures. De procedures zijn namelijk aan voortdurende verandering onderhevig en omvatten niet altijd dezelfde elementen. Ook worden steeds nieuwe procedures ontwikkeld. Door de kernelementen van de procedures te toetsen, kunnen de conclusies uit deze para-

<sup>1237</sup>. Zie art. 76 lid 1 Richtlijn 2014/24/EU.

<sup>1238</sup>. Hoofdstuk 1 Aw 2012, art. 1.10; Gids Proportionaliteit.



graaf ook worden doorgetrokken naar eventuele nieuwe procedures die worden ontwikkeld. Bovendien is het aan de Nederlandse wetgever om in een wettelijke procedure te voorzien en kunnen deze elementen bij het opstellen van een dergelijke procedure worden meegenomen (paragraaf 7.3.1). Hieronder worden de volgende kernelementen besproken: functioneel specificeren (paragraaf 7.3.2), beoordeling op basis van een risico- en kansendossier (paragraaf 7.3.3), vermenging van selectie- en gunningsfase (paragraaf 7.3.4), interview als (sub-)gunningscriterium (paragraaf 7.3.5) en onderhandelingen/dialogsessies (paragraaf 7.3.6). Met name zal aandacht worden besteed aan de vraag of de specifieke elementen van deze procedures de toets aan de beginselen van non-discriminatie, gelijke behandeling, transparantie en proportionaliteit kunnen doorstaan en of ze in lijn zijn met de uitgangspunten van het aanbestedingsrecht van mededinging en objectiviteit.

### **7.3.1 Voorafgaande observatie: Nederlandse wetgever (en niet gemeenten) dient in procedure te voorzien**

Voorafgaand aan de toetsing van de niet-gereguleerde procedures aan het aanbestedingsrecht, is eerst het volgende van belang; dit stipte ik aan in de inleiding van dit hoofdstuk en kwam ook reeds uitgebreider aan de orde in paragraaf 3.3.2. Op grond van de aanbestedingsrichtlijn is het aan de lidstaten, en dus de Nederlandse wetgever, om in een specifieke procedure voor sociale en andere specifieke diensten te voorzien. De lidstaten moeten op grond van art. 76 Richtlijn 2014/24/EU immers een procedure opstellen om ervoor te zorgen dat de aanbestedende diensten de beginselen van transparantie en gelijke behandeling van ondernemers naleven bij het gunnen van deze overheidsopdrachten. Daarbij moet de procedure voldoende ruimte geven aan aanbestedende diensten om rekening te kunnen houden met de specifieke kenmerken van de betrokken diensten.

De Nederlandse wetgever heeft daarin slechts summier voorzien in art. 2.39 Aw 2012.<sup>1239</sup> Dit artikel is zodanig open geformuleerd dat niet wordt voldaan aan bovenstaande verplichting. Deze procedure geeft namelijk in het geheel geen aanwijzingen over de wijze waarop opdrachten moeten worden gegund. Dit terwijl juist de gunningsfase de essentiële fase van een aanbestedingsprocedure betreft: op basis van de gunningscriteria worden immers de inschrijvingen met elkaar vergeleken en wordt bepaald wie de 'beste' inschrijving heeft gedaan. Aldus ontbreekt bij deze SAS-procedure duidelijkheid over een essentieel onderdeel van een aanbestedingsprocedure. Voorts is bij deze procedure van art. 2.39 door de Nederlandse wetgever ook in het geheel niet duidelijk gemaakt welke ruimte gemeenten hebben bij het organiseren van sociale diensten (bijvoorbeeld met betrekking tot die gunningscriteria of met betrekking tot dialoogsessies), en binnen welke grenzen zij moeten handelen met het oog op de aanbestedingsbeginselen.

Eenzijds is het in deze context op zich logisch dat gemeenten gebruik maken van de hierboven genoemde niet-gereguleerde procedures die de summier SAS-procedure verder invullen. Anderzijds geldt dat deze praktijk, waarbij aanbestedende diensten eigen procedures ontwikkelen, niet in overeenstemming is met de aanbe-

1239. Daarnaast kunnen gemeenten overigens op grond van art. 2.38 lid 2 Aw 2012, in plaats van de SAS-procedure, ook kiezen voor een van de reguliere aanbestedingsprocedures.

stedingsrichtlijn. Bovendien leidt het tot veel onduidelijkheid over de toepasselijke regels. Hier ligt dan ook een belangrijke taak voor de Nederlandse wetgever om in een dergelijke procedure te voorzien; enkele elementen die daarvoor van belang (kunnen) zijn heb ik reeds besproken in paragraaf 3.3.2. Alleen op die wijze wordt voldaan aan de verplichting uit de aanbestedingsrichtlijn.

Hierna zal ik – ondanks deze vaststelling – de kernelementen van de niet-geregeuleerde procedures toetsen aan het aanbestedingsrecht om te bezien of deze procedures in het geval sprake is van een overheidsopdracht, daarmee in overeenstemming zijn. Deze toetsing kan door de wetgever ook worden gebruikt bij het opstellen van een meer uitgewerkte procedure voor sociale en andere specifieke diensten.

### 7.3.2 **Functioneel specificeren: mits voldoende waarborgen, goede methode voor innovatieve oplossingen**

Functioneel specificeren, dat in ieder geval een belangrijk onderdeel is van de hierboven genoemde procedure Prestatie-inkoop, houdt in dat een aanbestedende dienst een doel of een resultaat beschrijft waaraan een product, dienst of werk moet voldoen, maar het aan de inschrijvers overlaat daarvoor een passende oplossing te bieden. Zorgaanbieders krijgen dan ook de ruimte om met eigen (innovatieve) oplossingen te komen om in goede sociale diensten te voorzien. Functioneel specificeren staat tegenover technisch specificeren, een manier van specificeren waarbij opdrachtgever specifiek voorschrijft waar de diensten aan moeten voldoen. Een bekend voorbeeld om dit onderscheid te illustreren is dat een aanbestedende dienst niet een autoweg van een bepaalde materiaalsoort met een bepaalde breedte en dikte uitvraagt (technische specificaties), maar om een weg die 4000 auto's per uur aan kan (functionele specificaties). Bij deze laatste manier van omschrijven wordt dan aan de inschrijver(s) gelaten om te laten zien op welke wijze en tegen welke prijs zij een dergelijke weg kunnen aanleggen.

Bij sociale diensten zou dit het voorbeeld kunnen betreffen dat de gemeente niet voorschrijft hoe dagbesteding voor ouderen, mensen met een beperking of anderszins kwetsbaren eruit moet zien, maar dat een concreet resultaat wordt benoemd en ruimte wordt geboden aan zorgaanbieders om in hun inschrijving te laten zien hoe zij die dagbesteding zouden vormgeven. Functioneel specificeren bij jeugdzorg kan er bijvoorbeeld uit bestaan dat de gemeente vaststelt welk soort zorg nodig is (binnen welke bandbreedtes) en het vervolgens aan de zorgaanbieder laat om met een inschrijving te komen, waarin hij laat zien hoe hij passende zorg aan de betreffende cliënten gaat leveren.

In de praktijk werd ook een overheidsopdracht voor huishoudelijke hulp regelmatig functioneel gespecificeerd. Er werd dan niet omschreven welke handelingen concreet moesten worden uitgevoerd, maar dat er als prestatie een 'schoon en leefbaar huis' moest worden geleverd. Van belang is dat de CRvB (Centrale Raad van Beroep), in het kader van de rechtszekerheid voor cliënten, heeft geoordeeld dat bij het indiceren van huishoudelijk hulp een dergelijk criterium niet voldoende is; cliënten

weten dan immers onvoldoende waar ze recht op hebben.<sup>1240</sup> Op grond van die rechtspraak geldt dan ook dat moet worden gespecificeerd welke activiteit (bijvoorbeeld: stofzuigen) met welke frequentie (bijvoorbeeld: drie keer per week), moet worden uitgevoerd. De vraag is hier hoeveel ruimte overblijft om een overheidsopdracht voor huishoudelijke hulp functioneel te specificeren en het aan de zorgaanbieder te laten om in zijn inschrijving met een eigen oplossing te komen.

Functioneel specificeren als methode van omschrijven van de opdracht is op grond van het aanbestedingsrecht toegestaan. Op grond van art. 42 lid 3 Richtlijn 2014/24/EU, neergelegd in art. 2.76 lid 1 Aw 2012, is het namelijk aan de aanbestedende dienst om een keuze te maken tussen technisch dan wel functioneel specificeren van de opdracht. Dit volgt bijvoorbeeld ook duidelijk uit de zaak *Roche Lietuva*, waarin het HvJ EU vaststelt dat de technische specificaties op verschillende wijzen kunnen worden opgesteld, zij het aan de hand van prestatie- of functionele eisen, zij het onder verwijzing naar de technische specificaties.<sup>1241</sup> In deze zaak, waarbij juist in geschil was of de aanbestedende dienst niet te specifiek is geweest in de specificaties voor het aankopen van materiaal en medische diagnostische uitrusting, verduidelijkt het Hof dat uit de bewoordingen van artikel 42, lid 3, van Richtlijn 2014/24 blijkt dat er geen hiërarchie tussen de methoden voor het formuleren van technische specificaties is vastgesteld en dat geen voorkeur aan één van die methoden is toegekend.<sup>1242</sup> Daarnaast volgt volgens het Hof uit deze bepaling dat de Unieregelgeving met betrekking tot technische specificaties een ruime beoordelingsmarge aan de aanbestedende dienst laat in het kader van de formulering van de technische specificaties van een opdracht.<sup>1243</sup> Die beoordelingsmarge wordt gerechtvaardigd door het feit dat het de aanbestedende diensten zijn die het beste op de hoogte zijn van wat zij precies nodig hebben. Het Hof wijst er in dit arrest vervolgens op dat wel de beginselen van gelijke behandeling, transparantie en het evenredigheidsbeginsel in acht moeten worden genomen.<sup>1244</sup>

Juist deze aanbestedingsbeginselen zijn in het bijzonder ook van belang bij functioneel specificeren en een aantal aspecten verdienen daarbij extra aandacht. Zo zal allereerst, met het oog op het gelijkheids- en transparantiebeginsel, de omvang en reikwijdte van de opdracht en de relevante doelstellingen van de aanbesteder voldoende duidelijk moeten zijn neergelegd in de aanbestedingsstukken, zodat 'alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers dit op dezelfde wijze zullen uitleggen'.<sup>1245</sup> De doelen en resultaten die met de aanbesteding worden beoogd moeten dus voldoende duidelijk worden vastgesteld. Zo kan bijvoorbeeld niet een vaag en voor meerdere interpretatie vatbaar resultaat, zoals: 'zinvolle dagbesteding', worden geformuleerd, maar moet dat enigszins nader zijn gespecificeerd, ik denk dan bijvoorbeeld aan: 'activiteiten die de geest, het lichaam en/of

1240. Volgens de CRvB is in het kader van de rechtszekerheid (voor cliënten) enige nadere specificering van 'een schoon en leefbaar huis' vereist, zie o.a.: CRvB 8 oktober 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:3241 en CRvB 6 februari 2019, ECLI:NL:CRVB:2019:676.

1241. HvJ EU 25 oktober 2018, C 413/17, ECLI:EU:C:2018:865 (*Roche Lietuva*), r.o. 26.

1242. *Roche Lietuva*, r.o. 28.

1243. *Roche Lietuva*, r.o. 29-30.

1244. *Roche Lietuva*, r.o. 31 e.v.

1245. Zie hierover in het kader van een BVP-aanpak ook: CvAE 4 januari 2021, Advies 601.

de creativiteit prikkelen en/of de autonomie van de gebruikers bevorderen', zodat duidelijk is (in een versimpeld voorbeeld) dat bijvoorbeeld dagbesteding waarbij mensen voor de televisie worden gezet niet is beoogd.

Daarnaast zal bij functioneel specificeren met het oog op met name de beginselen van gelijke behandeling en transparantie, meer aandacht moeten worden besteed aan objectieve criteria om de verschillende offertes met elkaar te kunnen vergelijken. Bij functioneel specificeren kunnen immers veel verschillende offertes en oplossingen worden ingediend; dat is juist het doel. Om deze offertes dan met elkaar te kunnen vergelijken zonder dat in strijd wordt gehandeld met de beginselen van gelijke behandeling, non-discriminatie, transparantie en proportionaliteit en het uitgangspunt van objectiviteit, moet dan ook worden voorzien in een objectieve en transparante methode om deze verschillende offertes te kunnen vergelijken en daaraan een eerlijke weging te geven. Het anoniem maken van de inschrijvingen kan hierbij helpen, maar haalt niet alle risico's met betrekking tot de gelijke behandeling van de inschrijvers weg. Uit de inschrijving kan namelijk soms wel worden herkend wie de inschrijving heeft gedaan.

Deze aandachtspunten bij functioneel specificeren zijn bijvoorbeeld ook deels aan de orde in een zaak bij de Rechtbank Gelderland.<sup>1246</sup> Het gaat in deze zaak om een aanbesteding voor het sluiten van contracten met samenwerkingsverbanden voor hulp en ondersteuning aan inwoners van Wageningen. De gemeente Wageningen heeft ervoor gekozen om met functionele specificaties van het te behalen resultaat te werken en zorgaanbieders uit te dagen om in hun inschrijving te laten zien hoe zij dat resultaat bereiken. Zorginstelling Opella, klager in deze zaak, is in dat verband van mening dat de opgestelde functionele criteria zodanig vaag zijn dat het voor inschrijvers in het geheel niet duidelijk is welke prestaties van hen in het kader van de uitvoering van de opdracht worden verwacht. Door de gemeente is immers alleen omschreven dat in bepaalde zorg moet worden voorzien.

De rechter oordeelt in deze zaak echter dat de in het aanbestedingsdocument opgenomen functionele criteria ten aanzien van de specificaties en eisen van de opdracht – hoewel die vaag zijn – niet ontoelaatbaar vaag zijn. Daartoe overweegt de voorzieningenrechter onder meer dat het een aanbestedende dienst in beginsel vrij staat om de aanbestedingsprocedure in te richten zoals hij dat wenst. Dit kan betekenen dat met behulp van functionele specificaties wordt gewerkt, dan wel met nauwkeurige technische specificaties van de aard van de te leveren prestatie.<sup>1247</sup>

Volgens de rechter is het inherent aan het bereiken van een bepaald resultaat zonder dat is voorgeschreven met welke middelen dat resultaat moet worden bereikt, dat dat via verschillende wegen kan plaatsvinden. Dit is naar het oordeel van de rechter geoorloofd, mits duidelijk is dat de wegen waarlangs het resultaat kan worden bereikt niet zodanig uiteenlopen dat vergelijking van de aanbiedingen onderling niet mogelijk is en daardoor geen concurrentie kan plaatsvinden.<sup>1248</sup>

In deze zaak is hieraan volgens de rechter dus voldoende voldaan.<sup>1249</sup> Opvallend is dat de rechter het niet problematisch vindt dat de gestelde doelen op sommige punten tamelijk vaag zijn en dat het de vraag is of de gestelde doelen en resultaten

1246. Rb. Gelderland (vzr.) 26 september 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:5357.

1247. Rb. Gelderland (vzr.) 26 september 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:5357, r.o. 4.6.

1248. Rb. Gelderland (vzr.) 26 september 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:5357, r.o. 4.7.

1249. Idem.

in zijn algemeenheid meetbaar zijn. Van belang is volgens de rechter dat duidelijk is bij de aanbesteding dat de gestelde doelen en resultaten allemaal uitsluitend kunnen worden behaald door het bieden van diverse soorten zorg, waartoe ook alleen zorgaanbieders op de opdracht hebben ingeschreven. Volgens de rechter is dan ook voldoende duidelijk wat gevraagd wordt: het verlenen van een bepaald aanbod aan zorg. Wat het vergelijken van de verschillende offertes betreft, overweegt de rechter dat wanneer verschillende verbanden inschrijven, waarin zorgaanbieders van verschillende signatuur zijn verenigd, het voor de hand ligt dat de uitvoeringsplannen die zij inleveren in voldoende mate met elkaar zijn te vergelijken.

De vraag kan echter worden gesteld of de rechter in deze zaak voldoende bewust is van het feit dat het bij een aanbesteding in essentie gaat om een vergelijking van de verschillende biedingen om de beste inschrijving te kunnen selecteren. Daarbij moeten dus duidelijke en objectieve gunningscriteria worden geformuleerd, waarbij duidelijk is wat de gemeente van belang acht met het oog op de uit te voeren diensten en welke doelen zij wenst te bereiken. Ook moet worden voorzien in een duidelijke en objectieve maatstaf om de verschillende inschrijvingen ten opzichte van elkaar te kunnen beoordelen – vooral bij het hanteren van functionele eisen. Met andere woorden, duidelijk moet zijn welke zorgaanbieder waarom hoger in de rangorde zal eindigen dan een andere zorgaanbieder. Toegepast op het eerder aangehaalde (versimpelde) voorbeeld, duidelijk zal moeten zijn welke zorgaanbieder waarom hoger zal scoren bij een opdracht voor dagbesteding: de zorgaanbieder die mensen als vorm van dagbesteding de hele dag televisie laat kijken, de zorgaanbieder die vooral bepaalde activiteiten met dieren aanbiedt of de zorgaanbieder die voorziet in creatieve therapie?

Op grond van het EU- en nationaal aanbestedingsrecht dient dan ook bij functioneel specificeren te worden voorzien in duidelijkheid over de te bereiken resultaten en te verwachten doelstellingen; inschrijvers moeten dit allemaal op dezelfde manier kunnen begrijpen en aan de hand daarvan een passende inschrijving kunnen doen. De doelen mogen daarbij niet te vaag zijn en moeten tot op zekere hoogte meetbaar zijn. Daarnaast zal extra aandacht moeten worden besteed aan (objectieve) gunningscriteria om de verschillende offertes met elkaar te kunnen vergelijken, waarbij zo min mogelijk ruimte bestaat voor willekeur. Zo kan bijvoorbeeld – aan de hand van een cijfer en door middel van verschillende sub-criteria – worden beoordeeld welke inschrijving de meeste meerwaarde biedt met betrekking tot de gestelde doelen/uit te voeren activiteiten (denk aan: welke zorg wordt aangeboden en op welke wijze) en/of welke inschrijving de meest duurzame oplossingen biedt. Door de inschrijvingen vervolgens te laten beoordelen door een onafhankelijke beoordelingscommissie – in de bovengenoemde zaak van de Gemeente Wageningen bestond die commissie bijvoorbeeld uit inwoners, leden van het bestuur en medewerkers van de gemeente<sup>1250</sup> – waarbij de beoordelaars individueel een cijfer toekennen, kan de beoordeling verder worden geobjectiveerd. Ook moet in de motivering van de gunningsbeslissing aan alle inschrijvers voldoende duidelijk worden

1250. Rb. Gelderland 26 september 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:5357, r.o. 2.5.

gemaakt waarom een zorgaanbieder als winnaar uit de bus is gekomen en een betreffende inschrijver de opdracht niet heeft gekregen.<sup>1251</sup>

### 7.3.3 **Risico- en kansendossier: voorzien in transparant en objectief beoordelingssysteem en geen wezenlijke wijziging opdracht**

Een ander element dat een belangrijk kenmerk is van de procedure Prestatie-inkoop, maar dat mogelijk ook bij andere procedures wordt ingezet, is het uitvragen van een risico- en kansendossier waarin zorgaanbieders hun expertise moeten aantonen aan de hand van te verwachten risico's en kansen. Op deze wijze maken zorgaanbieders voor gemeenten inzichtelijk welke risico's zij verwachten en hoe zij daarmee om zullen gaan en formuleren zij daarnaast opties (kansen) die de waarde van het project zouden kunnen verhogen. Allereerst moet worden opgemerkt dat dit dus iets anders is dan functioneel specificeren; bij dit laatste wordt immers niet de expertise getoetst, maar de oplossing die inschrijvers aanbieden wat betreft de uit te voeren diensten.

Daarnaast geldt meer specifiek dat ook bij een risico- en kansendossier veel aandacht zal moeten worden besteed aan een objectief en transparant systeem om te kunnen beoordelen welke inschrijver het beste de risico's weet te identificeren en te mitigeren en welke inschrijver de beste kansen voorstelt. Op dit punt zie ik veel spanning ontstaan met het oog op met name de aanbestedingsbeginselen van gelijke behandeling en transparantie. De discretionaire ruimte voor overheden wordt hier namelijk ruim, en waar die ruimte groter wordt, neemt ook het risico op ongelijke behandeling en willekeur verder toe. Dit kan dan ook alleen plaatsvinden als in een voldoende objectieve en transparante beoordelingsmethode wordt voorzien om de verschillende risico- en kansenbeschrijvingen van inschrijvers met elkaar te vergelijken. Zo stelde de CvAE in Advies 601 vast, het ging om een aanbesteding voor het meerjarig in stand houden, monitoren en informeren over de toestand van een areaal in een bepaald beheergebied, en waar ook een risico- en kansendossier werd uitgevraagd, dat er voldoende waarborgen waren ingebouwd voor een voldoende objectieve beoordeling.<sup>1252</sup> Van belang werd geacht dat de inschrijvingen (individueel) werden beoordeeld door meerdere beoordelaars en de beoordelings-systematiek op gelijke wijze werd toegepast op alle inschrijvingen (de beoordelaars beoordeelden de inschrijvingen niet alleen afzonderlijk, maar tevens met betrekking tot elkaar; dit betekent overigens uitdrukkelijk niet dat de beoordelingssystematiek daarmee als relatief moet worden aangemerkt). Wel geldt volgens de CvAE – gezien de in die procedure gehanteerde systematiek die veel ruimte laat voor subjectiviteit – dat hoge eisen moeten worden gesteld aan de motivering van de gunningsbeslissing; deze moet uitvoerig worden gemotiveerd.

1251. CvAE 17 april 2020, Advies 534, punt 5.4.2 (daarin noemt de CvAE alle vereisten waaraan de motivering van de gunningsbeslissing moet voldoen).

1252. CvAE 4 januari 2021, Advies 601, punt 5.4.11-5.4.18. Gezien de subjectiviteit van de beoordelingssystematiek gelden volgens de CvAE dan extra hoge eisen aan de motivering van de gunningsbeslissing.

Ten aanzien van het kansendossier, oftewel het ‘meer’ dat de opdrachtnemer kan bieden, moet ten slotte nog worden opgemerkt dat de extra opties die de inschrijver aanbiedt niet altijd zomaar kunnen worden meegenomen bij de (kwalitatieve) beoordeling van de inschrijvingen of bij de uiteindelijke opdrachtverlening.

Allereerst dient namelijk de vraag te worden gesteld of daardoor de opdracht gedurende de aanbestedingsprocedure wezenlijk wijzigt op grond waarvan een nieuwe aanbestedingsprocedure moet worden gevolgd.<sup>1253</sup> Dit zal niet anders kunnen zijn bij een procedure voor sociale diensten, nu een wezenlijke wijziging in strijd is met het beginsel van gelijke behandeling, transparantie en proportionaliteit. Dit is alleen anders als de wijziging voldoet aan de voorwaarden neergelegd in de art. 2.163a-2.163g Aw 2012. Een kans mag dan ook niet de algemene aard van de opdracht of de kring van potentiële gegadigden wijzigen.<sup>1254</sup> Wanneer een kans echter binnen de opdrachtoomschrijving valt, dan kan dit wel bij de beoordeling worden meegenomen.<sup>1255</sup> Hier moet vervolgens worden voorzien in een objectieve en transparante methode om de verschillende ‘kansen’ met elkaar te vergelijken, zodat de gelijke behandeling van alle inschrijvers blijft gewaarborgd.

Daarnaast zou nog kunnen worden gesteld dat sprake is van de regeling van varianten van art. 45 Richtlijn 2014/24/EU jo. 2.83 Aw 2012. Op grond van die regeling kunnen aanbestedende diensten inschrijvers toestaan of van hen verlangen varianten in te dienen. Deze regeling is aan specifieke voorwaarden onderworpen. Allereerst moet dit als zodanig uitdrukkelijk worden vermeld in de vooraankondiging. Bij het opnemen van een risico- en kansendossier zou dus in dat geval duidelijk moeten worden gemaakt dat het gaat om het toestaan van varianten. Daarnaast moeten de voorgestelde varianten verband houden met het voorwerp van de opdracht (proportionaliteitsbeginsel). Dat betekent dat bij een opdracht voor jeugdzorg bijvoorbeeld niet de variant kan worden voorgesteld dat de opdrachtnemer ook dagbesteding biedt voor ouderen.<sup>1256</sup>

Voor het overige zie ik op grond van het aanbestedingsrecht weinig ruimte voor het meenemen van een dergelijk kansendossier bij de beoordeling van de inschrijvingen of bij de uiteindelijke opdracht.

Aan een risico- en kansendossier kleven aanbestedingsrechtelijk dus bezwaren met het oog op de aanbestedingsbeginselen en uitgangspunten. Deze bezwaren kunnen wat betreft het risicodossier alleen worden weggenomen als in een transparant en objectief systeem wordt voorzien om de verschillende offertes te beoordelen. Van belang is hier dat zoveel mogelijk objectieve beoordelingscriteria worden gehanteerd en – temeer naarmate het systeem subjectiever is – dat de beoordeling wordt verricht door een onafhankelijke beoordelingscommissie bestaande uit meerdere personen, die de inschrijvingen eerst individueel beoordelen. Daarbij moet de beoordelingssystematiek op gelijke wijze worden toegepast op alle inschrijvingen. Daaruit volgt dat elke individuele beoordelaar de inschrijvingen dus niet alleen afzonderlijk, maar ook in relatie tot elkaar moet beoordelen om te bepalen welke inschrijving een hogere beoordeling verdient dan een andere. Overigens betekent

1253. Zie ook in: CvAE 4 januari 2021, Advies 601, punt 5.6.7.

1254. Idem.

1255. Zie bijv.: CvAE 4 januari 2021, Advies 601, punt 5.6.8.

1256. Dit zou wellicht alleen anders zijn als de jeugdigen in het kader van hun ‘hulpverlening’ die dagbesteding gaan verzorgen.

dit dus uitdrukkelijk niet het hanteren van een relatieve beoordelingsmethode als beoordelingsmethode; het gaat hier om het feit dat beoordelaars de inschrijvingen op dezelfde manier en daarom in samenhang met elkaar beoordelen en dus niet dat de score van een inschrijving wordt gerelateerd aan andere inschrijvingen. Wat betreft het kansendossier moet worden aangesloten bij de mogelijkheden die in het aanbestedingsrecht zijn opgenomen om eventuele extra's aan de opdracht toe te voegen; anders is het niet mogelijk. Een kans kan ten slotte, evenals het risicodossier, alleen worden meegenomen als in een objectieve en transparante methode wordt voorzien om de verschillende kansen met elkaar te vergelijken.

#### 7.3.4 Vermenging van selectie- en gunningsfase kan leiden tot ongewenste uitkomsten

Bij veel procedures die worden gehanteerd om sociale diensten te gunnen, valt op dat de in beginsel strikt onderscheiden fasen van selectie (de toetsing aan geschiktheidseisen en dus van de inschrijver) en gunning (de toetsing aan gunningscriteria en dus van de inschrijvingen) die gelden in een aanbestedingsprocedure, door elkaar gaan lopen.<sup>1257</sup> Bij sociale diensten geldt namelijk dat de bekwaamheid van de inschrijver als een zodanig belangrijk element wordt gezien, dat dit ook wordt meegenomen bij de beoordeling van de inschrijving. Bij de Onderhandelingsprocedure sociaal domein (OSD) – de selectieve variant – lijkt de geschiktheid en bekwaamheid zelfs wel als het enige selectie- dan wel gunningscriterium te worden toegepast.

Ten aanzien van dit punt is allereerst van belang dat het opnemen van eisen als geschiktheidseisen dan wel als gunningscriterium een totaal verschillende uitkomst kan hebben als het gaat om de zorgaanbieder die voor de opdracht wordt gecontracteerd. Geschiktheidseisen, zoals het hebben van bepaalde ervaring en diploma's, betreffen namelijk knock-outeisen: eisen waaraan een zorgaanbieder noodzakelijkerwijs moet voldoen om de opdracht te kunnen krijgen. Ze zijn bedoeld om alleen voldoende bewaarde zorgaanbieders te selecteren; enkel de inschrijvingen van die zorgaanbieders worden vervolgens aan de hand van gunningscriteria beoordeeld. Gunningcriteria zien daarentegen op de beoordeling van de inschrijvingen. Aan de hand van verschillende criteria wordt beoordeeld welke inschrijving (van de zorgaanbieders die aan de geschiktheidseisen voldoen), het beste scoort op die criteria. Worden geschiktheidseisen echter als gunningscriteria geformuleerd, dan kan dit tot gevolg hebben dat een zorgaanbieder de opdracht wint, die niet voldoet aan een noodzakelijke eis inzake bekwaamheid, aangezien deze aanbieder op de andere criteria wel hoog scoorde. Zodoende kan het door elkaar halen van de geschikheidsfase en de gunningsfase tot gevolg hebben dat een aanbestedende dienst onbedoeld niet het gewenste resultaat krijgt en dus niet de 'beste' inschrijving selecteert.

1257. Selectie wordt hier dus gebruikt in de zin van geschiktheidseisen die de economische, financiële, technische en beroepsbekwaamheid kan betreffen. Hierna zal om verwarring te worden voorkomen de term geschiktheidseisen worden gebruikt. Dit moet namelijk niet worden verward met selectiecriteria als bedoeld in art. 2.99 e.v. Aw 2012 om het aantal gegadigden binnen een niet-openbare procedure, concurrentiegericht dialogo, de mededingingsprocedure met onderhandeling en de procedure van het innovatiepartnerschap te beperken.



In het verlengde hiervan geldt dat geschiktheidseisen – die dus zien op noodzakelijke eisen aan de zorgaanbieder voor de uitvoering van de opdracht – op grond van het proportionaliteitsbeginsel niet verder mogen gaan dan noodzakelijk voor de opdracht en verband moeten houden met het voorwerp van de opdracht. Op grond van art. 2.39 lid 3 moeten gemeenten als zij bij het aanbesteden van sociale diensten gebruik maken van geschiktheidseisen en uitsluitingsgronden het Uniform Europees Aanbestedingsdocument (UEA) gebruiken, waarin alleen de wettelijke uitsluitingsgronden en geschiktheidseisen zijn opgenomen. Ook de voorschriften die in de Gids Proportionaliteit zijn geformuleerd ten aanzien van de geschiktheidseisen moeten worden toegepast. Voor de gunningscriteria geldt dat het proportionaliteitsbeginsel vereist dat zij verband houden met het voorwerp van de opdracht.<sup>1258</sup> Anders dan de geschiktheidseisen mogen gunningscriteria echter wel verder gaan dan alleen de noodzakelijke eisen; immers aan de hand van deze criteria moet een rangorde ontstaan en de beste inschrijving(en) worden gekozen.

Van belang is vervolgens dat bij sociale diensten de bekwaamheid van zorgaanbieders ook wel aanvullend, naast het formuleren van de geschiktheidseisen (de noodzakelijke eisen), wordt meegenomen in de gunningscriteria. In de fase van beoordeling worden dan – doorgaans naast criteria die de inhoud van de inschrijving toetsen – ook criteria geformuleerd die de bekwaamheid van de zorgaanbieder betreffen. Zo wordt bijvoorbeeld eerst met een geschiktheidseis een (noodzakelijk) minimum aan ervaring met de doelgroep gevraagd om de geschikte zorgaanbieders te selecteren en wordt ervaring met de doelgroep vervolgens door middel van een gunningscriterium verder meegewogen in de beoordeling, waarbij een zorgaanbieder afhankelijk van de mate van ervaring meer of minder punten op dat criterium krijgt toegekend.

In dit verband is art. 67 lid 2 sub b van Richtlijn 2014/24/EU jo. 2.115 lid 2 sub g Aw 2012 van belang. In deze artikelen is namelijk neergelegd dat de organisatie, de kwalificatie en de ervaring van het personeel voor de uitvoering van de opdracht mag worden gehanteerd als gunningscriterium, wanneer de kwaliteit van dat personeel ‘een aanzienlijke invloed’ kan hebben op het niveau van de uitvoering van de opdrachten.<sup>1259</sup> Volgens Pijnacker Hordijk e.a., en zoals bevestigd in het *Ambisig*-arrest van het HvJ EU, zal met name bij opdrachten voor (intellectuele) diensten de individuele kwaliteiten van de dienstverlener een zodanig belangrijke rol kunnen spelen dat het mogelijk moet zijn om deze ook een rol te laten spelen in de fase van de beoordeling van de inschrijvingen.<sup>1260</sup> Ook in nationale rechtspraak is regelmatig bevestigd dat het formuleren van geschiktheidseisen als gunningscriteria toegestaan kan zijn, als deze ook een relatie hebben met het voorwerp van de opdracht en de kwaliteit van de te leveren prestatie.<sup>1261</sup>

1258. Zie bijv.: HvJ EG 4 december 2003, zaak C-448/01, ECLI:EU:C:2003:651 (*EVN/Wienstrom*).

1259. Zie hierover ook: HvJ EU 26 maart 2015, C-601/13, ECLI:EU:C:2015:204 (*Ambisig*), r.o. 31 e.v. Dit is een uitzondering op de regel die werd geformuleerd in: HvJ EG 24 januari 2008, C-532/06, ECLI:EU:C:2008:40 (*Lianakis*), r.o. 32.

1260. Pijnacker Hordijk, Van der Bend & Van Nouhuys 2009, p. 444; HvJ EU 26 maart 2015, C-601/13, ECLI:EU:C:2015:204 (*Ambisig*), r.o. 31 e.v. Dit is inmiddels ook opgenomen in de considerans bij Richtlijn 2014/24/EU, punt 94.

1261. Pijnacker Hordijk, Van der Bend & Van Nouhuys 2009, p. 444; zie o.a.: Rb. Rotterdam (vzr.) 26 mei 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:3974; Rb. Haarlem (vzr.) 2 april 2009, ECLI:NL:RBHAA:2009:BH9534; Rb. Maastricht (vzr.) 21 januari 2004, ECLI:NL:RBMAA:2004:A02165.

Op grond van bovenstaande kunnen dus bepaalde geschiktheidseisen (die de organisatie, de kwalificatie en de ervaring van het personeel betreffen) ook als gunningscriteria worden gehanteerd, namelijk als de kwaliteit van de personen die de opdracht gaan uitvoeren 'een aanzienlijke invloed' kan hebben op het niveau van de uitvoering van de opdrachten. In dat verband zullen gunningscriteria die de bekwaamheid van de inschrijver toetsen ook daadwerkelijk moeten bijdragen aan de kwaliteit van de uitvoering. Dit zou bij de organisatie van sociale diensten in veel gevallen wel kunnen worden beargumenteerd. Zo kan bijvoorbeeld bij een opdracht voor jeugdzorg worden beredeneerd dat de ervaring en kunde van de jeugdzorgprofessionals aanzienlijke invloed heeft op de goede uitvoering van de opdracht. Bij huishoudelijke hulp of dagbesteding kan van belang zijn om de mate van cliënttevredenheid over de zorgaanbieder te toetsen; cliënttevredenheid kan immers ook een belangrijk aspect zijn om te beoordelen of een zorgaanbieder goede zorg levert. Een geschiktheidseis zoals het aangesloten zijn bij een bepaalde verzekering kan op grond daarvan echter niet als gunningscriterium worden gebruikt.

Ten slotte moet ook hier worden benadrukt dat door een aanbestedende dienst steeds moet worden afgevraagd of het formuleren van een bekwaamheidseis als gunningscriterium leidt tot de gewenste resultaten. Dit kan immers ook tot gevolg hebben dat bijvoorbeeld een zorgaanbieder met meer diploma's (bekwaamheidseis als gunningscriterium) wint van een zorgaanbieder die hoger scoorde op het plan van aanpak met betrekking tot de uitvoering van de opdracht (kwaliteit van de inschrijving), terwijl dit niet zo was beoogd door de aanbestedende dienst.<sup>1262</sup>

Bovendien is het de vraag of eisen betreffende bekwaamheid van inschrijvers als enig gunningscriterium kunnen worden gebruikt om sociale diensten in te kopen – zoals het geval lijkt bij de selectieve variant van de procedure OSD. Er wordt in die procedure immers op basis van bekwaamheidseisen getoetst wie de beste zorgaanbieders zijn. Zoals ook kort besproken in paragraaf 3.3.3, staat dit op gespannen voet met het principe van het aanbestedingsrecht dat op basis van de inschrijvingen (dus wat de aanbieder aanbiedt) moet worden bepaald welke zorgaanbieder het beste is. Op grond van het aanbestedingsrecht worden de beste aanbieders dus uiteindelijk niet geselecteerd op hun bekwaamheid (aspecten van de inschrijver) – die worden in beginsel slechts getoetst – maar op wat zorgaanbieders aanbieden (aspecten van de inschrijving). Daarbij mag de bekwaamheid van een zorgaanbieder zoals hiervoor uiteengezet wel worden meegenomen in de gunningscriteria aangezien dit bij sociale diensten een belangrijke rol kan spelen, maar kan dit niet als enig gunningscriterium worden gebruikt. Dit zegt immers niets over hoe de zorgaanbieder de voorliggende opdracht gaat uitvoeren en aanpakken.

---

1262. Op deze plaats past het ook te verwijzen naar de literatuur over gunningsmethodieken, waarin duidelijk wordt gemaakt dat de wijze waarop de gunningscriteria worden geformuleerd en de toepassing van de gunningsmethodiek tot verschillende (en onbedoelde) uitkomsten kunnen leiden, zie o.a.: Telgen & Schotanus 2010; Lohmann, Manunza & Telgen 2013. Zie ook in verschillende voordrachten van J. Telgen, zoals: 'Gunningsmethodieken - gewichten en scores', 30 januari 2017; en bijv. ook uitgebreid uitgelegd door J. Telgen, E.R. Manunza en D. Versteeg tijdens de UU-masterclass 'Juridische en inkoop-technische aspecten van gunningsmethodieken'.

Van belang is dan ook dat bij de procedures die gehanteerd worden in het sociaal domein, wordt gelet op het belangrijke onderscheid tussen geschiktheidseisen en gunningscriteria. Geschiktheidseisen die de organisatie, de kwalificatie en de ervaring van het personeel betreffen, kunnen (aanvullend) worden gehanteerd als gunningscriteria, mits de bekwaamheid van de personen een aanzienlijke invloed heeft op het niveau van de uitvoering van de opdracht.

### 7.3.5 Interview als (sub-)gunningscriterium in spanning met aanbestedingsbeginselen en uitgangspunten

Niet alleen in de bovengenoemde niet-gereguleerde procedures, maar ook tijdens de gereguleerde procedures van het aanbestedingsrecht, wordt wel gekozen voor een interview met betrokkenen als (sub-)gunningscriterium bij het toetsen en rangschikken van de inschrijvingen op kwaliteit. Bij de procedure van Prestatieinkoop betreft dit een interview met de sleutelfunctionaris(sen) bij de opdracht. Het gaat daarbij om het door middel van een interview toetsen van de ervaring, kennis en kunde van deze persoon met betrekking tot de uit te voeren opdracht. Zoals hiervoor uiteengezet kan de ervaring, kennis en kunde dus worden getoetst in de gunningsfase, mits de kwaliteit van de personen die de opdracht gaan uitvoeren 'een aanzienlijke invloed' kan hebben op het niveau van de uitvoering van de opdracht. De vraag is echter of dit ook door middel van een interview kan geschieden.

Van belang met het oog op de aanbestedingsbeginselen en uitgangspunten is namelijk allereerst dat bij interviews veel ruimte ontstaat voor subjectiviteit. Dit vormt een risico voor de gelijke behandeling van inschrijvers. Onbedoeld zullen namelijk bepaalde persoonlijkheidskenmerken van de geïnterviewde snel kunnen worden meegenomen in de beoordeling. Zo bestaat een groot risico dat een vlotte spreker bijvoorbeeld meer punten krijgen dan een introverte spreker. De belangrijke vraag die hier dan ook gesteld moet worden, is hoe de gelijke behandeling van inschrijvers en de objectiviteit en transparantie van het beoordelingsproces kan worden gewaarborgd als gebruik wordt gemaakt van een interview. In het verlengde daarvan moet worden afgevraagd of met een interview als gunningscriterium wel de beste inschrijving wordt geselecteerd.

Daarbij komt dat bij het houden van interviews het risico bestaat dat de sleutelfunctionaris op het moment van gunning niet meer in dienst is van de betreffende ondernemer of zorgaanbieder. Dit was bijvoorbeeld het geval in een zaak bij de rechtbank Den Haag.<sup>1263</sup> In deze zaak was de gunning van de opdracht voor Rijkswaterstaat mede gebaseerd op een interview met twee sleutelfunctionarissen projectmanagement. De opdracht werd vervolgens gegund aan KWS, maar achteraf bleek dat één van de twee geïnterviewden voor gunning van de opdracht ontslag had genomen bij KWS en daar dus niet meer werkzaam was. Rijkswaterstaat besloot dan ook de gunningsbeslissing in te trekken en (alsnog) als ongeldig terzijde te leggen. Volgens de rechter was Rijkswaterstaat daartoe op grond van het gelijkheids- en transparantiebeginsel inderdaad gehouden.<sup>1264</sup>

1263. Rb. Den Haag (vzr.) 1 juli 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:6730.

1264. Rb. Den Haag (vzr.) 1 juli 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:6730, r.o. 5.6.

Hieruit volgt dan ook dat de sleutelfunctionaris die wordt geïnterviewd dus daadwerkelijk werkzaam moet zijn en blijven bij de inschrijver – in het sociaal domein bij de zorgaanbieder. Het houden van een interview legt dan ook een potentieel onbeheersbaar risico met name bij de zorgaanbieder: hij kan immers niet eisen dat de sleutelfunctionaris bij hem blijft werken. Daarbij komt dat dit voor de aanbestedende dienst mogelijk tot de uitsluiting van een goede (wellicht de beste) inschrijving kan leiden.

Verder kunnen ook andere problemen optreden. Zo moet de beoordelingscommissie die aanwezig is bij het interview steeds uit dezelfde personen bestaan.<sup>1265</sup> Valt vervolgens een van de leden van deze commissie uit, dan moeten eerdere interviews opnieuw worden gedaan.

Een aantal van deze knelpunten rondom interviews worden in de praktijk wel ondervangen door bijvoorbeeld de interviews op te nemen, een lead-interviewer aan te wijzen en/of een vragenlijst te gebruiken. De vraag die echter kan worden gesteld is of deze maatregelen de hierboven geschetste problemen geheel weg kunnen nemen.

De Nederlandse rechter lijkt een interview tot nog toe echter niet per definitie in strijd met het gelijkheids- en transparantiebeginsel te achten. Zo oordeelde het Gerechtshof Den Haag dat in het licht van de uit het transparantiebeginsel voortvloeiende eisen zoals geformuleerd in het *Succhi di Frutta*-arrest 'een interview niet per definitie onmogelijk is'.<sup>1266</sup> Volgens het Gerechtshof moet echter worden voldaan aan de volgende criteria om het transparantiebeginsel te waarborgen: het dient voor een kandidaat-inschrijver duidelijk te zijn wat van hem wordt verwacht (i); de inschrijvingen dienen aan de hand van een zo objectief mogelijk systeem te worden beoordeeld (ii) en de gunningsbeslissing dient zodanig inzichtelijk te worden gemotiveerd dat het voor de afgewezen inschrijvers mogelijk is om de wijze waarop de beoordeling heeft plaatsgevonden te toetsen (iii).<sup>1267</sup> Deze eisen gelden overigens altijd bij de beoordeling van kwalitatieve criteria. Volgens de Nederlandse rechter is het hanteren van een interview als gunningscriterium dan ook niet verboden, mits aan deze strikte voorwaarden wordt voldaan met het oog op het transparantiebeginsel. Interessant is te vermelden dat in deze zaak uiteindelijk wordt geoordeeld dat niet voldaan is aan de eerste eis, nu de aanbestedende dienst als beoordelingscriteria voor het interview vage begrippen hanteert, die de kandidaat-inschrijver geen houvast bieden bij zijn voorbereiding van het interview.<sup>1268</sup> Zo was gespecificeerd dat de inschrijver 'kan laten zien dat hij snapt wat de Aanbestedende Dienst wil' en dat er 'geen goed of fout antwoord' is en vond de puntentoekenning plaats afhankelijk van de vraag of de inschrijver 'enigszins overtuigt', 'overtuigt' of 'in ruime mate overtuigt'. Een dergelijke werkwijze bij het houden van een interview voldoet volgens de rechter niet aan het transparantiebeginsel.

1265. Vgl. Rb. Amsterdam (vzr.) 1 maart 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:1477.

1266. Gerechtshof Den Haag 17 maart 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:413 (*Albasserdam e.a./Ziut*), r.o. 15. Zie ook: CvAE 4 januari 2021, Advies 601, punt 5.7.9 e.v.

1267. Gerechtshof Den Haag 17 maart 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:413 (*Albasserdam e.a./Ziut*), r.o. 14 e.v.

1268. Gerechtshof Den Haag 17 maart 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:413 (*Albasserdam e.a./Ziut*), r.o. 15. Zie bijv. ook CvAE 4 maart 2016, Advies 226, waarin niet is voldaan aan de laatste voorwaarde.

Hoewel de Nederlandse rechter dus een interview niet per definitie ontoelaatbaar acht – mits de bovengenoemde vereisten in acht worden genomen om het transparantie- en daarmee het gelijkheidsbeginsel te waarborgen – ben ik van mening dat gezien de subjectiviteit van een interview en de daarmee gepaard gaande potentiële problemen, een interview al snel op gespannen voet staat met de aanbestedingsbeginselen en uitgangspunten.<sup>1269</sup> Het zou in die zin goed zijn als de Nederlandse rechter hierover in een voorkomend geval een prejudiciële vraag stelt aan het HvJ EU; op grond daarvan zal voor de praktijk meer duidelijkheid bestaan over de vraag of een interview bij aanbestedingen kan worden gebruikt.

### 7.3.6 **Onderhandelingen en dialoog: alleen binnen strikte voorwaarden toegestaan**

Een van de belangrijkste elementen die bij inkoopprocedures in het sociaal domein steeds terug lijken te komen, zijn het houden van dialoogsessies of het voeren van onderhandelingen met zorgaanbieders – in gezamenlijkheid, bijvoorbeeld bij de Dialooggerichte procedure of individueel, bijvoorbeeld bij de Onderhandelingsprocedure sociaal domein. Bij Prestatie-inkoop kunnen onderhandelingen plaatsvinden tijdens een concretiseringsfase, waarin de overeenkomst met de (voorlopig) winnende inschrijver wordt uitgewerkt; bij deze procedure hanteert de gemeente immers geen specifieke beschrijving van de opdracht en moeten de details van de overeenkomst nog worden vastgesteld. Kennelijk bestaat er in deze sector een grote behoefte om enige vorm van dialoog met de zorgaanbieders te voeren om tot een goede overeenkomst te kunnen komen. De vraag die hierbij gesteld kan worden is waar deze behoefte vandaan komt: vanwege de aard van de diensten of mogelijk ook vanwege een gebrek aan kennis bij zorgaanbieders met betrekking tot het meedoen met aanbestedingen en het aanbestedingsrecht?<sup>1270</sup>

Voor de toetsing van de vraag of onderhandelingen zoals gehanteerd bij bovengenoemde procedures zijn toegestaan, is allereerst van belang dat (vrije) onderhandelingen op gespannen voet staan met het aanbestedingsrecht. Allereerst is het in beginsel namelijk in strijd met de opzet en het doel van de aanbestedingsrichtlijnen om te onderhandelen. Om een *level playing field* te creëren, de gelijke behandeling, non-discriminatie, transparantie en proportionaliteit te waarborgen, moeten aanbestedende diensten, en dus ook gemeenten die sociale diensten inkopen, op grond van de aanbestedingsrichtlijnen nu juist een aanbestedingsprocedure volgen waarbij de onderhandelingen die normaal gesproken tussen (private) partijen bij het sluiten van contracten plaatsvinden, worden ingekaderd in een systeem dat zo min mogelijk ruimte laat voor ongelijke behandeling en willekeur. Bij het gunnen van overheidsopdrachten door middel van onderhandelingen ontstaat een groot risico op discriminatie, ongelijke behandeling, subjectiviteit en willekeur.

1269. Dit zou mogelijk slechts anders kunnen zijn bij bijv. de inhuur van personeel, waarbij de gehele aanbesteding gaat om de betreffende persoon met wie het interview wordt gehouden.

1270. Deze behoefte om in gesprek te gaan is bijvoorbeeld duidelijk terug te zien in enkele rechtzaken bij de rechter en geschillen bij de CvAE, zie o.a.: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 17 april 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:3605 (in deze zaak is geen sprake van onderhandelingen maar is terug te zien dat de zorgaanbieder het aanbestedingsrecht niet begrijpt en ervan uitgaat dat de gemeente wel begrijpt wat deze zorgaanbieder te bieden heeft). Zie ook: CvAE 3 augustus 2016, Advies 349 en 350.

Alle eisen en voorwaarden van de aanbestedingsprocedure en de te sluiten overeenkomst(en) moeten dan ook in beginsel vooraf door de aanbestedende dienst worden vastgesteld. Dit geldt ook voor overheidsopdrachten voor sociale diensten. Onderhandelingen – bijvoorbeeld over de prijs en/of verdeling van de opdrachten in een gemeente – kunnen tevens in strijd zijn met het mededingingsrecht.

Toch zijn er enkele uitzonderingen op dit uitgangspunt, die mogelijkheden kunnen bieden voor een vorm van onderhandelingen en dialoog bij het aanbesteden van sociale diensten.

*Enkele mogelijkheden met betrekking tot dialoog of onderhandeling*

In de aanbestedingsrichtlijnen zijn enkele mogelijkheden gecreëerd om een bepaalde vorm van onderhandelingen of dialoog toe te staan. Een eerste belangrijke mogelijkheid in dat opzicht betreft de marktconsultatie, neergelegd in art. 40 Richtlijn 2014/24/EU (art. 2.25 Aw 2012). Op grond van dit artikel mogen aanbestedende diensten vóór de aanvang van een aanbestedingsprocedure gesprekken met de markt voeren om enerzijds de ondernemers op de hoogte te brengen van de aanbestedingsplannen en anderzijds advies van onafhankelijke deskundigen of van marktdeelnemers in te winnen die vervolgens kunnen worden gebruikt bij de planning en uitvoering van de aanbestedingsprocedure. Dit advies mag niet leiden tot vervalsing van de mededinging of schending van de beginselen van non-discriminatie en transparantie. Er moet dan ook nauwkeurig verslag worden gedaan van de bijeenkomst en alle (potentiële) inschrijvers moeten dezelfde informatie krijgen. Deze marktconsultatie voorafgaand aan de aanbesteding biedt dan ook voor gemeenten en zorgaanbieders mogelijkheden om in dialoog te gaan over de belangrijke aspecten van de betreffende sociale diensten.

Daarnaast bestaan er ook twee wettelijk gereguleerde aanbestedingsprocedures, de mededingingsprocedure met onderhandeling (art. 2.30 en 2.31 Aw) en de concurrentiegerichte dialoog (art. 2.28 en 29 Aw), op basis waarvan enige vorm van onderhandeling en dialoog is toegestaan. Gemeenten mogen bij het aanbesteden van sociale diensten in plaats van de SAS-procedure van art. 2.39 Aw immers ook voor een reguliere aanbestedingsprocedure kiezen op grond van art. 2.38 lid 2 Aw 2012. Van belang is echter dat deze procedures op grond van deze artikelen slechts in bepaalde gevallen en onder bepaalde strikte voorwaarden kunnen worden gebruikt. Allereerst geldt dat deze beide procedures slechts kunnen worden gebruikt in specifieke situaties, namelijk:

(a) met betrekking tot werken, leveringen of diensten die aan een of meer van de volgende criteria voldoen: er kan niet worden voorzien in de behoeften van de aanbestedende dienst zonder aanpassing van gemakkelijk beschikbare oplossingen (i); het betreft ontwerp of innovatieve oplossingen (ii); de overheidsopdracht kan wegens specifieke omstandigheden die verband houden met de aard, de complexiteit of de juridische en financiële voorwaarden of wegens de daaraan verbonden risico's, niet worden gegund zonder voorafgaande onderhandelingen (iii); de technische specificaties kunnen door de aanbestedende dienst niet nauwkeurig genoeg worden vastgesteld op basis van een bepaalde (Europese) norm (...) (iv); of

(b) met betrekking tot werken, leveringen of diensten waarvoor in het kader van een openbare of niet-openbare procedure uitsluitend onregelmatige of onaanvaardbare inschrijvingen zijn ingediend.<sup>1271</sup>

De vraag is allereerst of sociale diensten altijd aan deze voorwaarden voldoen. Immers, hoewel sociale diensten verschillende soorten zorg kunnen omvatten en deze diensten op verschillende manieren kunnen worden ingericht en uitgevoerd, zal bijvoorbeeld niet altijd sprake zijn van dermate innovatieve of complexe opdrachten als bedoeld in dat artikel dat zij niet kunnen worden gegund zonder voorafgaande onderhandelingen. In een aantal gevallen en voor bepaalde sociale diensten zal dit echter wel kunnen worden betoogd.<sup>1272</sup>

Bovendien kan de vraag worden gesteld, aangezien voor sociale diensten een lichte regeling geldt, of op grond daarvan niet altijd van deze wettelijke procedures gebruik gemaakt kan worden. Op grond van de Gids Sociaal Kopen uit 2021 van de Europese Commissie lijkt het antwoord daarop bevestigend, als in een van de voorbeelden ('Goede praktijken') de mededingingsprocedure met onderhandeling wordt aangehaald als een mogelijkheid om sociale diensten te organiseren.<sup>1273</sup> Tevens wordt daarin opgemerkt dat onder de lichte regeling gunningsprocedures kunnen worden toegepast die flexibeler zijn dan de procedures voor opdrachten die onder de klassieke regeling vallen.<sup>1274</sup> Ook krijgen lidstaten van de EU-wetgever veel ruimte om een passende procedure in te richten voor overheidsopdrachten voor sociale diensten.

Zoals eerder betoogd zou het dan echter op zijn plaats zijn dat de Nederlandse wetgever deze mogelijkheid in het kader van de SAS-procedure van art. 2.39 Aw 2012 nader expliciteert, waarbij ook duidelijk de grenzen worden aangegeven van deze onderhandelingsruimte. Daarin kan de Nederlandse wetgever aansluiten bij de stappen beschreven bij de concurrentiegerichte dialoog en mededingingsprocedure met onderhandeling van art. 2.29 en 2.31 Aw 2012. Door het volgen van die voorgeschreven stappen wordt namelijk beoogd gedurende deze onderhandelingen de beginselen en uitgangspunten van het aanbestedingsrecht te waarborgen. Zo mag er op grond van deze artikelen bijvoorbeeld niet worden onderhandeld over de minimumeisen en gunningscriteria; die moeten door de aanbestedende dienst worden vastgesteld. De onderhandelingen richten zich daarentegen op het verbeteren van de inhoud van de uitgevraagde diensten en de inschrijvingen.

Meer specifiek betreffen deze te nemen stappen bij de concurrentiegerichte dialoog met name (en in die volgorde):

- de gegadigden die aan de gestelde geschiktheidseisen voldoen en door de selectiefase heen komen worden allen uitgenodigd voor de dialoog;
- de dialoog heeft als doel te bepalen welke middelen geschikt zijn om zo goed mogelijk aan de behoeften van de aanbestedende dienst te voldoen;
- de aanbestedende dienst maakt op basis van deze dialoog een keuze welke oplossing(en) aan zijn behoeften kunnen voldoen;

1271. Art. 26 lid 4 Richtlijn 2014/24/EU; art. 2.28 lid 1 Aw 2012.

1272. Zie daarover ook considerans bij Richtlijn 2014/24/EU, punt 42-45.

1273. *Gids Sociaal Kopen* 2021, p. 67.

1274. *Gids Sociaal Kopen* 2021, p. 65.

- daarna wordt aan alle deelnemers van de dialoog verzocht hun inschrijvingen in te dienen;
- vervolgens toetst de aanbestedende dienst of de inschrijvingen voldoen aan de tijdens de dialoog voorgelegde en gespecificeerde oplossingen;
- ten slotte worden de inschrijvingen beoordeeld aan de hand van het gunningscriterium EMVI op basis van de beste prijs-kwaliteitverhouding en de door de aanbestedende dienst gestelde nadere criteria.

En – achtereenvolgens – bij de mededingingsprocedure met onderhandeling gaat het met name om de stappen:

- de gegadigden die aan de gestelde geschiktheidseisen voldoen en door de selectiefase heen komen worden uitgenodigd tot het doen van een eerste inschrijving;
- vervolgens kan de aanbestedende dienst onderhandelen met de inschrijvers over hun eerste en daaropvolgende inschrijvingen met uitzondering van de definitieve inschrijving ter verbetering van de inhoud daarvan; echter niet mag worden onderhandeld over de gunningscriteria en minimumeisen;
- vervolgens beoordeelt de aanbestedende dienst de definitieve inschrijvingen aan de hand van de door de aanbestedende dienst gestelde minimumeisen en gunningscriteria.

#### *Onderhandelingen bij Dialooggerichte procedure en OSD in strijd met aanbestedingsrecht?*

Wat betreft de niet-gereguleerde procedures als gehanteerd in het sociaal domein moet dan ook allereerst worden opgemerkt dat onderhandelingen en dialoog over minimumeisen en gunningscriteria niet zijn toegestaan, de onderhandelingen mogen – op grond van bovengenoemde gereguleerde procedures – alleen gericht zijn op de verbetering van de inhoud van de inschrijvingen en de dialoog moet gaan over de beste oplossingen om aan de behoefte van de aanbestedende dienst te voldoen. Daarnaast geldt dat het al dan niet akkoord gaan van een zorgaanbieder met de in gezamenlijkheid of individuele dialoog vastgestelde voorwaarden van de overeenkomst – zoals dat kennelijk wordt toegepast bij de Dialooggerichte procedure en de procedure OSD – niet kan worden gehanteerd als een methode om – in geval van een overheidsopdracht – de uitkomst van de gunningsbeslissing te bepalen. Dit is namelijk in strijd met de aanbestedingsbeginselen en uitgangspunten van gelijke behandeling, proportionaliteit, objectiviteit en mededinging. Alle zorgaanbieders – en bij een aanbesteding betreffen dat de inschrijvingen – moeten namelijk op basis van dezelfde objectieve maatstaven worden beoordeeld, anders ontstaat veel ruimte voor willekeur. Bovendien ontstaat in een dergelijke situatie ook het risico dat zorgaanbieders in een afhankelijkheidsrelatie met de gemeente komen te staan, waarbij ze wel akkoord moeten gaan met de vastgestelde voorwaarden, omdat ze anders geen contract krijgen. Ook kan een risico ontstaan dat sommige aanbieders een grotere vinger in de pap krijgen en het recht van de sterkste gaat gelden. Ook dit staat haaks op de principes van het aanbestedingsrecht. Op grond van het aanbestedingsrecht moeten dan ook bij het gunnen van overheidsopdrachten door gemeenten objectieve maatstaven (de gunningscriteria en beoordelingsmaatstaven) worden vastgesteld om de inschrijvingen te beoordelen.



*Uitwerken van ‘zachte’ details van de overeenkomst*

Ten slotte kan de noodzaak bestaan om na gunning van het contract bepaalde details van de overeenkomst verder uit te werken met de winnende inschrijver(s), bijvoorbeeld de wijze van declareren en andere niet-essentiële details ten behoeve van de uitvoering van de diensten. Het gaat dus om concrete afspraken ter uitvoering van de overeenkomst die geen onderdeel uitmaakten van de aanbestedingsprocedure en de opdracht niet wijzigen. Hier zie ik een zeer beperkte ruimte voor een gesprek om bepaalde punten in detail af te spreken; het kan hier echter niet om onderhandelingen gaan. Het kan dus in geen geval de (harde) eisen, voorwaarden en omvang van de opdracht betreffen, anders is sprake van een wezenlijke wijziging van de opdracht die (opnieuw) moet worden aanbesteed. Dit mag daarnaast niet tot gevolg hebben – zoals bijvoorbeeld bij de procedure Prestatie-inkoop het geval zou kunnen zijn – dat winnende inschrijvers alsnog geen contract krijgen, omdat zij in de concretiseringsfase niet akkoord gaan met de nadere afspraken. De overeenkomst wordt immers gesloten op basis van de gevolgde aanbestedingsprocedure en een dergelijke extra fase laat te veel ruimte voor overheden om zorgaanbieders alsnog willekeurig uit te kiezen.

Er is dus enige ruimte voor onderhandeling en dialoog binnen het aanbestedingsrecht. Daarbij is het noodzakelijk dat de Nederlandse wetgever in het kader van de SAS-procedure van art. 2.39 Aw 2012 expliciet maakt welke ruimte er is voor onderhandelen en dialoog bij het aanbesteden van sociale diensten. Zo zou bijvoorbeeld de mededingingsprocedure met onderhandeling als uitgangspunt kunnen worden genomen in het kader van de uniformering van deze procedure. Wel moeten onderhandelingen met waarborgen worden omgeven. Een aanbestedingsprocedure is er immers juist op gericht om onderhandelingen die normaliter tussen twee partijen plaatsvinden in te kaderen in een transparante procedure waarbij discriminatie en ongelijke behandeling zoveel mogelijk wordt voorkomen.

### 7.3.7 Een balans tussen rechtmatigheid en doelmatigheid bij het aanbesteden van sociale diensten

In het sociaal domein zijn diverse inkoopprocedures ontwikkeld om sociale diensten op passende wijze te kunnen inkopen. Aan innovatie en creativiteit op dit punt ontbreekt het in het sociaal domein dan ook niet. Daarbij zijn deze procedures met de intentie opgesteld om voor alle betrokkenen: gemeenten, cliënten en zorgaanbieders, naar de beste oplossingen te zoeken en staat goede zorg voor cliënten centraal. De elementen die worden gehanteerd binnen deze procedures om uiteindelijk de beste zorgaanbieder(s) te contracteren, moeten echter steeds worden getoetst aan het aanbestedingsrecht als sprake is van een overheidsopdracht. Dit zou in sommige gevallen kunnen betekenen dat hoewel een werkwijze in de praktijk goed lijkt te werken, zij niet kan worden toegepast omdat het risico op discriminatie en ongelijke behandeling te groot is.

De aanbestedingsregels zijn daarbij geen doel op zich, maar een middel om bepaalde doelen te realiseren. In dat licht zijn de regels zodanig opgesteld dat doelmatige oplossingen kunnen worden gekozen, mits daarbij de aanbestedingsbeginselen in acht worden genomen. Temeer is dit het geval bij sociale diensten, waarbij enerzijds

is voorgeschreven dat de lidstaten een procedure opstellen die ervoor zorgt dat de beginselen van gelijke behandeling en transparantie blijven gewaarborgd, en anderzijds dat aanbestedende diensten die deze diensten aanbesteden ruimte moeten krijgen om rekening te houden met de behoeften die spelen bij deze diensten. Andersom geldt dan ook dat veel elementen wél mogelijk zijn, mits uitgevoerd binnen de kaders van de aanbestedingsbeginselen — zoals hierboven ook is gebleken. Uiteindelijk gaat het steeds om een balans tussen de beginselen van het aanbestedingsrecht en de behoeften rondom het organiseren sociale diensten.

Gezien de rechtszekerheid zou ik op deze plaats — voortbouwend op paragraaf 3.3.2 — nogmaals willen opmerken dat een uniforme, meer toegespitste procedure de uniformiteit en daarmee de rechtszekerheid op dit punt zou kunnen bevorderen; en mogelijk ook administratieve lasten — die bij aanbestedingsprocedures soms als hoog worden ervaren — tegengaan.<sup>1275</sup> Daarbij kan door de Nederlandse wetgever worden bezien of een vorm van dialoog over de inhoud van de uit te vragen sociale diensten — binnen bepaalde voorwaarden — als mogelijkheid wordt opgenomen bij het aanbesteden van sociale diensten. Dit zou echter op grond van Richtlijn 2014/24/EU niet aan gemeenten moeten worden overgelaten.

Bovendien kan wat betreft de EU-verplichtingen geldend voor de SAS-procedure in een voorkomend geval ook de Nederlandse rechter een rol spelen. Die kan immers op grond van art. 267 VWEU een prejudiciële vraag stellen over een kwestie die het Unierecht betreft, zoals in dit geval bijvoorbeeld over de uitleg van de regeling voor sociale en andere specifieke diensten van art. 74 e.v. van Richtlijn 2014/24/EU. Die vraag kan meer in het bijzonder betreffen in hoeverre dialoog en onderhandelingen mogen worden ingezet bij de gunning van sociale diensten. Wel moet de uitlegging daarvan dan noodzakelijk zijn voor de zaak die op dat moment in behandeling voorligt bij die rechterlijke instantie.

#### 7.4 **INKOOPPROCEDURES ZEEUWS MODEL, DIALOOGGERICHTE PROCEDURE EN ONDERHANDELINGSPROCEDURE SOCIAAL DOMEIN (OSD) GETOETST AAN OPENHOUSEMODEL**

Drie van de procedures die hierboven zijn beschreven, vertonen kenmerken van een openhousemodel: het Zeeuws model, de Dialooggerichte procedure en OSD. Daarom is het nuttig om deze procedures ook te bezien in het licht van het juridisch kader van het openhousemodel en daaraan te toetsen. Bij deze toets gaat het erom vast te stellen of de wijze waarop deze procedures zijn ingericht niet in strijd komen met de voorwaarden die voor het openhousemodel gelden, zoals beschreven in hoofdstuk 5, paragraaf 5.4. Overigens moet ook bij deze procedures, wat betreft hun nadere invulling, wel steeds per geval worden getoetst of daadwerkelijk geen exclusieve selectie wordt gemaakt tussen geïnteresseerde ondernemingen. Anders is sprake van een overheidsopdracht die moet worden aanbesteed.

##### 7.4.1 **Zeeuws model: een duidelijk openhousemodel**

Wat allereerst het Zeeuws model betreft, is hiervoor reeds vastgesteld dat deze procedure de karakteristieken vertoont van een openhousemodel. Binnen deze

<sup>1275</sup>. Zie par. 3.3.

procedure geldt immers dat elke zorgaanbieder die aan de vooraf door de gemeente vastgestelde eisen voldoet en daarmee akkoord gaat, in aanmerking komt voor een overeenkomst. Er wordt slechts getoetst aan geschiktheidseisen en uitsluitingsgronden. De cliënt kan vervolgens voor één van de toegetreden zorgaanbieders kiezen. In een dergelijk geval worden er geen gunningscriteria gebruikt om een rangschikking tussen inschrijvingen te maken en vindt dan ook geen selectie plaats.<sup>1276</sup> Dit kan zoals in paragraaf 7.2 is vermeld anders worden als er verkapte gunningscriteria worden gebruikt.

Wat betreft de juridische voorwaarden voor het gebruik van het openhousemodel, is allereerst van belang dat de voorwaarden vooraf moeten worden vastgesteld door de gemeente en kenbaar moeten zijn voor alle (potentieel) geïnteresseerde zorgaanbieders.<sup>1277</sup> Bij een Zeeuws model lijkt daar doorgaans aan te zijn voldaan: de geschiktheidseisen, uitsluitingsgronden en de (voorwaarden van de) overeenkomst die zal worden gesloten, worden door de gemeente vooraf vastgesteld en kenbaar gemaakt. Wat betreft de bekendmakingsplicht zal indien het gaat om een openhousemodel met duidelijk grensoverschrijdend belang een bekendmaking op TenderNed voldoen aan het kenbaarheidsvereiste; is toetreding daarbij blijvend mogelijk dan zal publicatie op een gemeentelijke website ook kunnen volstaan. Ook bij een openhousemodel zonder duidelijk grensoverschrijdend belang zal een bekendmaking op een gemeentelijke website volstaan.

Daarnaast moeten alle toetredingsvereisten non-discriminatoir, objectief en proportioneel zijn en mogen zij geen ruimte laten voor willekeur. Deze vereisten gelden voor een openhousemodel met duidelijk grensoverschrijdend belang op grond van EU-recht, met name de regels van vrij verkeer. Voor een openhousemodel zonder grensoverschrijdend belang op basis van de abbb, onder meer: het gelijkheidsbeginsel, rechtszekerheidsbeginsel, zorgvuldigheidsbeginsel en evenredigheidsbeginsel. Dit zal bij het Zeeuws model per geval moeten worden getoetst. Als aan deze voorwaarden is voldaan, dan is een Zeeuws model een duidelijk voorbeeld van een rechtmatig openhousemodel.

Een Zeeuws model dat deze toets duidelijk niet kan doorstaan, is te vinden in Advies 507 van de CvAE.<sup>1278</sup> Het draait in dit advies om een toelatingsprocedure volgens het Zeeuws model, waarbij gemeente A namens zeven gemeenten contracten (raamovereenkomsten) sluit om specialistische jeugdzorg te organiseren.<sup>1279</sup> In geschil zijn de voorwaarden en modaliteiten die in de offerteaanvraag zijn gesteld.<sup>1280</sup> Volgens klager zijn deze in strijd met de beginselen van gelijke behandeling, transparantie en proportionaliteit, kort gezegd omdat zij naar aanleiding van ontwikkelafels – dialoogsessies tussen gemeente en zorgaanbieders – nog kunnen worden aangepast en er daarnaast een ruime mogelijkheid bestaat voor de gemeente om gedurende de procedure eenzijdig wijzigingen aan te brengen (o.a. wat betreft de tarieven en de inhoud van de overeenkomst). De voorwaarden zouden daarmee niet op duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze geformuleerd zijn. Daarnaast

1276. Zie in: Rb. Midden Nederland (vzr.) 16 oktober 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:5829.

1277. Zie voor deze voorwaarden meer uitgebreid par. 5.4.5.

1278. CvAE 29 november 2019, Advies 507.

1279. CvAE 29 november 2019, Advies 507, zie onderdeel 1 (Feiten).

1280. CvAE 29 november 2019, Advies 507, onderdeel 2 (Beschrijving klacht).

zou het in strijd zijn met het proportionaliteitsbeginsel dat van een ondernemer wordt verlangd dat hij onvoorwaardelijk inschrijft op een opdracht, waarbij hij de precieze voorwaarden nog niet kent, zonder dat hij de mogelijkheid heeft om de raamovereenkomst op te zeggen op het moment dat de voorwaarden voor uitvoering van de opdracht wél duidelijk, precies en ondubbelzinnig zijn.

In dit advies, waarin de CvAE tot de conclusie komt dat geen sprake is van een aanbestedingsprocedure, maar van een openhousesysteem als bedoeld in *Falk Pharma* en *Tirkkonen*, wijst zij bij de beoordeling van dit geschil op bovengenoemde voorwaarden op grond van EU-recht.<sup>1281</sup> De CvAE gaat hier echter uit van een openhousemodel zonder grensoverschrijdend belang, omdat niet is gesteld dat er sprake is van een duidelijk grensoverschrijdend belang en partijen zich hierover niet hebben uitgelaten.<sup>1282</sup> Van belang is dan dat de CvAE – ten overvloede – opmerkt dat de gemeenten in een dergelijke situatie zijn gebonden aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, zoals het zorgvuldigheids-, rechtszekerheids- en het evenredigheidsbeginsel.<sup>1283</sup> In dat verband vraagt de CvAE zich af of de gemeenten daarmee in overeenstemming handelen door zichzelf het recht voor te behouden de raamovereenkomsten eenzijdig te mogen wijzigen. Verder geeft de CvAE mee dat het niet ondenkbaar is dat een contractspartij van de gemeenten met succes een beroep zal kunnen doen op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid (artikel 6:248, lid 2 BW). De CvAE kan zich echter daarover niet verder uitlaten, omdat deze kwesties buiten de werkingssfeer van de Aanbestedingswet 2012 vallen en zij in die situatie geen bevoegdheid heeft om over het geschil te adviseren.

Het is echter van groot belang wat de CvAE hier opmerkt. Ook op grond van de genoemde nationale rechtsbeginselen geldt immers dat de voorwaarden in een openhousemodel vooraf moeten vaststaan en kenbaar moeten zijn, namelijk om willekeur en ongelijke behandeling te voorkomen. Daarom is het ook op grond van het nationale recht bij toepassing van een openhousemodel niet toegestaan om overeenkomsten naar aanleiding van dialoogsessies tussentijds aan te passen.

Zowel op grond van Europese als deze nationale rechtsbeginselen voldoet het hier gehanteerde Zeeuws model dus niet aan de voorwaarden die gelden bij toepassing van een openhousemodel. Op grond van deze beginselen bestaat namelijk bij een openhousemodel geen ruimte voor gemeenten om gedurende de procedure eenzijdig wijzigingen aan te brengen in de overeenkomst en ook niet om de overeenkomst in dialoogsessies met zorgaanbieders vast te stellen of aan te passen.

#### **7.4.2 Dialooggerichte procedure en procedure OSD: geen onderhandelingen mogelijk over harde vereisten**

Wat vervolgens de Dialooggerichte procedure en de procedure OSD betreft, ook deze niet-gereguleerde procedures zouden mogelijk kunnen worden ingericht als een openhousemodel. Op het eerste gezicht kunnen deze procedures daarbij een

1281. CvAE 29 november 2019, Advies 507, onderdeel 5 (Beoordeling), punt 5.2.1-5.2.6.

1282. CvAE 29 november 2019, Advies 507, punt 5.2.7.

1283. CvAE 29 november 2019, Advies 507, punt 5.5.

openhousemodel vormen met name als bij deze procedures alle zorgaanbieders tot de procedure worden toegelaten die aan de randvoorwaarden (minimumeisen) voldoen en waarbij cliënten vervolgens voor een van de toetredende zorgaanbieders kunnen kiezen.<sup>1284</sup>

Met het oog op het juridisch kader dat op een openhousemodel van toepassing is, is echter allereerst van belang dat als onderdeel van deze procedures ook met aanbieders in dialoog wordt gegaan – of eenvoudiger gezegd: wordt onderhandeld – over de specifieke (uitvoerings)voorwaarden van de overeenkomst. Toetreding tot het stelsel is daarbij in feite afhankelijk gesteld van het akkoord gaan van de zorgaanbieder met de gezamenlijk afgesproken voorwaarden (in het geval van de Dialooggerichte procedure) of als de individuele onderhandeling daarover tussen gemeente en zorgaanbieder slagen (in het geval van OSD). Dit bleek hiervoor bij het gunnen van overheidsopdrachten op grond van het aanbestedingsrecht problematisch. Dit is evenzeer problematisch bij het openhousemodel.

Met het oog op de voorwaarden die voor dergelijke open stelsels gelden, is er bij een openhousemodel namelijk geen ruimte voor onderhandelingen tussen gemeenten en zorgaanbieders. Zoals hiervoor reeds vermeld moeten immers op grond van Europese én nationale regels die van toepassing zijn op een openhousemodel, alle vereisten en voorwaarden vooraf door de gemeente worden vastgesteld en voldoende kenbaar gemaakt. Achtergrond daarvan is, evenals bij de regulering van overheidsopdrachten, dat bij onderhandelingen veel ruimte ontstaat voor willekeur en ongelijke behandeling – iets wat te allen tijde moet worden voorkomen.

Daarop geldt slechts de beperkte uitzondering voor afspraken over kleine details ter uitwerking van de overeenkomst (de zachte eisen), bijvoorbeeld over de wijze van declareren. Ruimte voor dialoog of onderhandelingen is er echter niet wat betreft de fundamentele eisen van de overeenkomst of andere toetredingseisen, denk aan de geschiktheidseisen, tarieven of omvang van de opdracht. Ten slotte geldt dat voorafgaand aan een openhousemodel wel net als bij een overheidsopdracht een marktverkenning kan worden gehouden waarin een dialoog plaatsvindt over de uit te besteden diensten; deze moet dan echter plaatsvinden voorafgaand aan de procedure.

Daarnaast is van belang dat ook aan de overige voorwaarden van een openhousemodel wordt voldaan (zie uitgebreid paragraaf 5.4.5). Alle vereisten bij een openhousemodel moeten namelijk vooraf door de gemeente worden vastgesteld. Ook moet aan het systeem voldoende kenbaarheid worden gegeven. De eisen mogen niet discriminerend zijn en moeten objectief en proportioneel zijn. Dit betekent bijvoorbeeld dat bij de procedure OSD, wanneer die zou worden vormgegeven als een openhousemodel, geen selectiecriteria mogen worden gehanteerd die verder gaan dan noodzakelijk voor de opdracht. Juist bij een openhousemodel geldt namelijk dat die verdere keuze (selectie) voor een goede aanbieder wordt overgelaten aan de cliënt. De gemeente kan hier dus slechts de minimumbekwaamheid van de geïnteresseerde zorgaanbieders toetsen, die nodig is voor de goede uitvoering van de opdracht. Enkel als er een gegronde reden is (dwingende reden van algemeen

1284. De vraag is of dat ook het geval is bij de procedure OSD als de eisen selectief, d.w.z. hoger zijn om het aantal zorgaanbieders te beperken. Opmerking verdient dat deze procedure dan ook doorgaans wordt gehanteerd als een aanbestedingsprocedure.

belang, zie paragraaf 5.4.4 en 5.4.5) en de eis geschikt en noodzakelijk is om dat doel te bereiken, kunnen hogere geschiktheidseisen worden gesteld.

### 7.5 ONDERHANDELEN VS. GELIJKHEIDS- EN TRANSPARANTIEBEGINSEL

In het sociaal domein is kennelijk, gezien de elementen van deze procedures, veel behoefte om door middel van een dialoog of onderhandelingen tot een overeenkomst te komen met zorgaanbieders. Onderhandelingen bieden namelijk voordelen. Zo kan op die manier worden gewerkt aan de goede relatie tussen gemeenten en zorgaanbieders en kan worden gezorgd voor een overeenkomst, waarmee zowel gemeenten als zorgaanbieders akkoord gaan. Onderhandelingen zijn eenvoudig en toegankelijk voor zorgaanbieders en kunnen de betrokkenheid van de zorgaanbieder vergroten. Uiteindelijk kunnen open onderhandelingen leiden tot diensten van een goede prijs en kwaliteit voor de burger.

De afweging die in het recht op dit punt is gemaakt, is echter dat (vrije) onderhandelingen – ook bij het organiseren van sociale diensten – te veel ruimte laten voor willekeur en ongelijke behandeling. Op dat moment ontstaat namelijk een te groot risico dat sommige partijen worden bevoordeeld dan wel benadeeld. Tegen deze achtergrond moet ook de regel worden gezien die geldt voor zowel aanbestedingsprocedures als het openhousemodel: dat de voorwaarden in beginsel vooraf moeten vaststaan en (eenzijdig) door de gemeenten moeten worden vastgesteld. Daarbij is de aanbestedingsprocedure er juist op gericht om onderhandelingen die normaal gesproken tussen partijen plaatsvinden, zo te laten verlopen dat zo min mogelijk risico bestaat voor willekeur en ongelijke behandeling.

Een belangrijke mogelijkheid om toch in gesprek te gaan met de markt is door middel van een marktconsultatie voorafgaand aan de aanbestedingsprocedure; een dergelijke marktverkenning kan bijvoorbeeld ook bij een openhousemodel worden toegepast. Daarnaast kan de wetgever binnen de SAS-procedure van art. 2.39 Aw 2012 voorzien in mogelijkheden voor onderhandelingen en dialoog, maar wel binnen strikte voorwaarden. Daarbij komt dat hier ook een taak ligt voor de sector om zich te professionaliseren en de kennis en kunde over aanbestedingen te vergroten.

### 7.6 CONCLUSIE

Bij het gebruik van de niet-gereguleerde inkoopprocedures die in de praktijk in omloop zijn – Prestatie-inkoop, de Dialooggerichte procedure, Zeeuws Model en OSD; procedures die dus niet in de Aw 2012 zijn opgenomen – moet steeds eerst worden bezien van welk instrument volgens het recht sprake is. Als sprake is van een overheidsopdracht mag de procedure niet in strijd zijn met het aanbestedingsrecht, als sprake is van een openhousemodel moet aan de voorwaarden van dit instrument worden voldaan. In dit hoofdstuk is vastgesteld dat het doorgaans zal gaan om een overheidsopdracht of een openhousemodel. In dat verband is bezien

of de verschillende elementen van deze procedures in overeenstemming (kunnen) zijn met het aanbestedingsrecht dan wel met de voorwaarden die gelden voor een openhousemodel.

Met betrekking tot procedures die een overheidsopdracht zijn, is allereerst gebleken dat bij een aantal elementen van die procedure(s), zoals functioneel specificeren of het hanteren van een risico-/kansendossier (wat plaatsvindt bij de procedure van Prestatie-inkoop), extra aandacht zal moeten worden besteed aan een objectief en transparant systeem om de gelijke behandeling te waarborgen en de verschillende inschrijvers of inschrijvingen met elkaar te vergelijken. Daarbij kunnen de voorgestelde 'kansen' bij de gunning alleen worden meegenomen als zij reeds onderdeel vormen van de uitgevraagde opdracht. Als zij echter ten opzichte daarvan een wezenlijke wijziging betekenen, moet de opdracht (opnieuw) worden aanbesteed. Een aantal elementen van deze niet-gereguleerde procedures kunnen spanning opleveren met de aanbestedingsbeginselen of zelfs daarmee in strijd zijn. Zo is het houden van interviews een zeer subjectieve methode om inschrijvingen te beoordelen, waarbij de kans bestaat dat gekozen wordt op basis van niet-relevante persoonskenmerken van de geïnterviewde. Ook bestaat het risico dat de persoon bij gunning van de opdracht niet meer werkzaam is bij de inschrijver; omdat de gunning dan (deels) is gebaseerd op basis van die persoon, kan de opdracht dan niet meer aan de betreffende inschrijver worden gegund. Hoewel de Nederlandse rechter een interview niet per definitie ontoelaatbaar acht – mits aan enige strikte transparantieplichtingen wordt voldaan – moet dan ook worden gesteld dat het hanteren van een interview al snel een spanning oplevert met de aanbestedingsbeginselen en -uitgangspunten.

Verder is gebleken dat onderhandelingen en dialoogsessies om de eisen en voorwaarden van de overeenkomst(en) vast te stellen – wat bij veel van de niet-gereguleerde procedures terugkomt – op grond van het aanbestedingsrecht onrechtmatig kunnen zijn, namelijk als zij worden gehanteerd om een opdracht al dan niet te gunnen. De inschrijvingen moeten immers allemaal op dezelfde wijze worden beoordeeld aan de hand van door de gemeente vastgestelde objectieve maatstaven (gunningscriteria en beoordelingsmaatstaf). Dialoog en onderhandeling met zorgaanbieders is daarbij alleen mogelijk tijdens een marktconsultatie voorafgaand aan een aanbestedingsprocedure of binnen een procedure waarin de stappen van de concurrentiegerichte dialoog of de mededingingsprocedure met onderhandeling worden gevolgd; het is daarbij aan de Nederlandse wetgever om deze ruimte in de SAS-procedure van art. 2.39 Aw 2012 te expliciteren.

Ten slotte is gezien of het Zeeuws model, de Dialooggerichte procedure en OSD, voldoen aan de voorwaarden die gelden voor een openhousemodel. In dat verband geldt dat dit enkel het geval is als bij deze procedures de voorwaarden en vereisten vooraf door de gemeente worden vastgesteld en kenbaar zijn en daarnaast deze eisen objectieve vereisten betreffen die geen ruimte laten voor willekeur en disproportionele uitkomsten. Bij een openhousemodel geldt dat op grond van die voorwaarden onderhandelingen of dialoogsessies over de fundamentele kerneisen van de overeenkomst of de toetredingsvoorwaarden niet mogelijk zijn. Er kunnen bij

---

een openhousemodel dan ook geen dialoogsessies worden gehouden om de harde eisen van de overeenkomst gezamenlijk vast te stellen, zoals wel het geval lijkt te zijn bij de Dialooggerichte procedure of OSD.

Aan de niet-gereguleerde procedures zoals die in het sociaal domein worden gehanteerd kleven dan ook enkele juridische risico's en onregelmatigheden zowel als sprake is van een openhousemodel als wanneer sprake is van een overheidsopdracht. In dat verband verdient nogmaals opmerking dat het aan de Nederlandse wetgever is om in een duidelijkere en uniforme aanbestedingsprocedure te voorzien voor sociale diensten, waarbij duidelijk is voor gemeenten welke ruimte zij – binnen welke grenzen – wél hebben bij het aanbesteden van sociale diensten. Dit zal namelijk bijdragen aan de rechtszekerheid en de juiste toepassing van de aanbestedingsregels en zal bovendien een goede stimulans vormen voor de verdere professionalisering van deze sector, omdat dan duidelijker is binnen welke voorwaarden moet worden geopereerd.



## Hoofdstuk 8

# Reikwijdte van het ondernemersbegrip in het aanbestedingsrecht: naar een uitzondering voor burgerinitiatieven, vrijwilligersorganisaties en sociale ondernemingen?

### 8.1 INLEIDING

In diverse gemeenten zijn in het sociaal domein naast (commerciële) zorgaanbieders, ook sociale ondernemingen, burgercoöperaties en vrijwilligersorganisaties actief. Zo is in sommige gemeenten door een burgercoöperatie een platform opgezet waarop buurtgenoten elkaar kunnen vinden als het gaat om praktische hulp in en om het huis. Dit kan gaan om huishoudelijke hulp, kleine technische klussen, persoonlijke verzorging, boodschappendiensten, kookservice of gewoon een kopje koffie drinken. In andere gemeenten wordt door vrijwilligersorganisaties een buurtontmoetingscentrum gerund, waar inwoners terecht kunnen voor een praatje, kop koffie of gesprek met een ouderenadviseur. Andere initiatieven helpen ouderen met fittesten of geven de mogelijkheid om een duo-fiets te lenen. Een ander burgerinitiatief vormt een zogenaamd ‘mantelzorgcafé’, een ontmoetingsplaats waar mantelzorgers hun ervaringen kunnen delen.

Het sociaal domein kent een diversiteit aan entiteiten die diensten aanbieden om burgers te helpen in hun zelfredzaamheid. Deze entiteiten hebben daarbij – uitzonderingen daargelaten – allen tot doel om goede zorg aan burgers aan te bieden. Ze opereren echter niet alle op dezelfde basis. Zo zijn commerciële zorgaanbieders naast het doel om goede zorg voor burgers aan te bieden, immers vaak gericht op winst of moeten zij er in ieder geval voor zorgen dat hun werknemers kunnen worden uitbetaald. De meeste burgercoöperaties en vrijwilligersorganisaties hebben daarentegen doorgaans enkel een sociaal doel, zonder winstoogmerk, en willen de diensten ook vaak onbezoldigd – tegen een kostenvergoeding – verrichten. Deze in beginsel niet-commerciële actoren vervullen een belangrijke rol in de samenleving.<sup>1285</sup> Zo kunnen zij bijvoorbeeld het bestaande aanbod aan sociale diensten aanvullen met specifieke op de behoefte toegesneden diensten, aangezien zij dicht bij de kring van betrokkenen staan of daar zelf deel van uitmaken. Ook dragen zij bij aan innovatie omdat deze bijzondere entiteiten regelmatig met op de praktijk toegepaste ideeën komen. In sommige gevallen kunnen zij de diensten goedkoper aanbieden, aangezien zij opereren zonder winstoogmerk. Bovendien bevorderen deze initiatieven de sociale cohesie, omdat burgers zich voor elkaar inzetten. Gezien hun maatschappelijke functie sluit het betrekken van deze entiteiten bij het uitvoeren van taken in de samenleving, dan ook naadloos aan bij de doelstellingen van de Europese sociale markteconomie, zoals beschreven in hoofdstuk 2.<sup>1286</sup>

1285. Zie meer achtergronden daarover in: Bokhorst e.a., *Bestuurskunde* 2015, p. 3-16. Bokhorst, *Bestuurskunde* 2015, p. 27-39; De Haan, *Beleid en Maatschappij* 2014, p. 268; Den Ouden 2018.

1286. Par. 2.5. Zie ook: Manunza & Meershoek, *PPLR* 2020.

De rol die deze organisaties kunnen spelen bij het uitvoeren van sociale diensten is ook in de Nederlandse wet erkend. In art. 2.6.7 van de Wmo 2015 is een bepaling opgenomen die het betrekken van burgers en maatschappelijke initiatieven bij het uitvoeren van diensten onder de Wmo verder faciliteert. Op grond van deze bepaling geldt namelijk dat ingezetenen en maatschappelijke initiatieven bij de uitvoering van het beleid kunnen worden betrokken, waaronder het uitvoeren van taken voortvloeiend uit de Wmo. Hier is ook de ontwikkeling te zien van het ‘*Right to challenge*’ een begrip overgewaaid uit het Verenigd Koninkrijk, dat sinds de participatiesamenleving in Nederland meer aandacht heeft gekregen. Dit ‘recht om uit te dagen’ houdt kortgezegd in dat burgers taken van de overheid ‘overnemen’ als zij denken dat zij het slimmer, beter, goedkoper of anders kunnen doen.<sup>1287</sup> Burgers kunnen daartoe dan ook voorstellen doen.

Vrijwilligersorganisaties, burgerinitiatieven en sociale ondernemingen, lopen echter regelmatig aan tegen de aanbestedingsregels bij het uitvoeren van hun activiteiten.<sup>1288</sup> Zoals in hoofdstuk 3 reeds opgemerkt, zijn al deze entiteiten – met of zonder winstoogmerk of sociaal doel, bezoldigd of onbezoldigd – namelijk in veel gevallen aan te merken als ‘ondernemer’ onder het aanbestedingsrecht.<sup>1289</sup> Waar een wederkerige verhouding tussen overheid en deze entiteiten ontstaat, is dan ook snel sprake van een overheidsopdracht. In dat geval moeten ook deze entiteiten meedoen met een aanbestedingsprocedure. Gezien de bijzondere rol die deze actoren in de samenleving spelen – en omdat het ook onlogisch wordt gevonden als burgerinitiatieven aan aanbestedingsprocedures mee moeten doen (ze voeren immers een activiteit uit voor hun eigen buurt is de gedachte) – wordt wel betoogd dat zij niet onder de aanbestedingsrichtlijn vallen of in ieder geval niet zouden moeten vallen.<sup>1290</sup> In die visie zouden burgerinitiatieven of vrijwilligersorganisaties namelijk niet op een markt opereren, aangezien ze enkel iets voor hun eigen buurt of hun medemens willen betekenen.

In dit hoofdstuk wordt op het begrip ondernemer in het aanbestedingsrecht ingezoomd en gezien wanneer een entiteit als ‘ondernemer’ in de zin van de aanbestedingsrichtlijn moet worden aangemerkt. Daarbij wordt ook gezien of het passend is om al deze – verschillende – entiteiten onder dezelfde noemer te vatten of dat in de aanbestedingsrichtlijn voor bepaalde entiteiten een uitzondering moet worden gemaakt. De hiervoor als niet-commerciële entiteiten aangemerkte actoren kunnen heel divers zijn. De vraag die zich aandient is dan ook welke entiteiten zodanig bijzonder zijn dat dit een onderscheid rechtvaardigt tussen hen en andere (commerciële) entiteiten. Dit komt uiteindelijk neer op de vraag welke kenmerken van een entiteit een onderscheiden behandeling rechtvaardigen. Is bijvoorbeeld het ontbreken van een winstoogmerk een voldoende rechtvaardiging om aan deze entiteiten een bijzondere positie toe te kennen en ze bijvoorbeeld uit te zonderen van aanbe-

1287. Zie hierover o.a.: Boogaard, Driessen & Den Ouden, *NJB* 2019, p. 2860-2868.

1288. Boogaard, Driessen & Den Ouden, *NJB* 2019, p. 2863.

1289. Par. 3.5.4.

1290. Deze gedachte dat zij niet onder de aanbestedingsregels vallen, is bijvoorbeeld terug te zien in diverse arresten bij het HvJ EU (en de standpunten die partijen hierin aandragen) die hierna worden besproken, zoals: HvJ EG 29 november 2007, C-119/06, ECLI:EU:C:2007:729 (*Commissie/Italië*); HvJ EU 19 juni 2014, C-574/12, ECLI:EU:C:2014:2004 (*SUCH*). Zie hierover in het kader van burgerinitiatieven bijv. Robbe, *Aanbestedingscafé* 2017.

stedingsprocedures? Of moet het gaan om andere kenmerken, aangezien ook entiteiten die winst nastreven zich primair kunnen richten op sociale en maatschappelijke doelen, zoals het bevorderen van eerlijke handel?

Allereerst wordt daartoe in paragraaf 8.2 vanuit historisch perspectief gezien hoe het begrip ondernemer zich door de jaren in het aanbestedingsrecht heeft ontwikkeld en hoe dat heeft geleid tot de huidige definitie van het begrip ondernemer in art. 2 lid 1, sub 10 Richtlijn 2014/24/EU. Vervolgens wordt in paragraaf 8.3 aan de hand van jurisprudentie van het HvJ EU gezien welke elementen relevant zijn om te bepalen of sprake is van een ondernemer als bedoeld in het aanbestedingsrecht. Daarbij zal blijken dat de Europese rechter met name uitlegt welke elementen irrelevant zijn, bijvoorbeeld: het al dan niet hebben van een winsttoogmerk. Vervolgens zal in paragraaf 8.4 worden ingegaan op de Italiaanse zaken *Spezzino* en *CASTA* waarin het HvJ EU binnen het vrij verkeer een uitzondering heeft geformuleerd voor het rechtstreeks gunnen van een overheidsopdracht aan vrijwilligersorganisaties, mits deze rechtstreekse gunning kan worden gerechtvaardigd op basis van het specifieke nationale stelsel dat berust op solidariteit. Deze jurisprudentie kan worden gezien als een nieuwe koers, waarbij meer ruimte lijkt te zijn voor de constitutionele identiteit en de daarmee samenhangende keuzes van de lidstaten, bijvoorbeeld als het gaat om de rol van vrijwilligersorganisaties in de lidstaten bij de organisatie van hun sociale stelsels. In deze paragraaf zal ook aan de orde komen welke mogelijkheden dit voor Nederland biedt.

In paragraaf 8.5 wordt vervolgens gezien welke mogelijkheden de aanbestedingsrichtlijn op dit moment biedt voor uitzonderingen of een speciale behandeling van bepaalde entiteiten. Ten slotte wordt in paragraaf 8.6 gezien of de aanbestedingsrichtlijnen voldoende aansluiten op de ontwikkelingen die op EU-niveau hebben plaatsgevonden – en plaatsvinden – waarbij juist de belangrijke rol van vrijwilligersorganisaties en burgerinitiatieven, bijvoorbeeld met het oog op de sociale cohesie of het beteugelen van de stijgende zorgkosten, uitdrukkelijk wordt erkend, of dat met oog daarop in de aanbestedingsrichtlijnen meer ruimte moet worden gecreëerd om het belangrijke werk van deze initiatieven beter doorgang te kunnen laten vinden.

In de literatuur is over de reikwijdte van het begrip ‘ondernemer’ in het aanbestedingsrecht weinig geschreven.<sup>1291</sup> Manunza en Meershoek kunnen in dat opzicht dan ook als pioniers worden beschouwd, omdat zij de reikwijdte van dit begrip aan de hand van de jurisprudentie van het HvJ EU grondig hebben geanalyseerd.<sup>1292</sup>

1291. Dit bijvoorbeeld in tegenstelling tot het mededingingsrecht, waar het begrip reeds lang een belangrijke rol speelt bij het bepalen van het toepassingsbereik van de regels, zie verder hierna.

1292. Vanaf 2016 is het begrip ‘ondernemers’ voor het aanbestedingsrecht onderzocht door Manunza; in diverse voordrachten, presentaties en publicaties heeft Manunza deze onderzoeksresultaten aan een breder publiek bekendgemaakt, o.a.: voordracht “*Valt de gunning van opdrachten aan burgerinitiatieven onder het aanbestedingsrecht?*” op het congres van de Universiteit Utrecht en de Vrije Universiteit Amsterdam te Amsterdam, 11 april 2018; voordracht “*Enkele observaties over burgerparticipatie en het aanbestedingsrecht*”, Nederlandse Vereniging voor Aanbestedingsrecht te Utrecht, 21 juni 2018; voordracht “*New economic operators in Public Procurement. Legal tensions between (promoting) social entrepreneurship and the internal market*”, op de conferentie Public Procurement: Global Revolution IX, te Nottingham, 17 juni 2019. Deze gedachten zijn o.a. diepgaand uitgewerkt in: Manunza & Meershoek, PPLR 2020; zie reeds eerder: Manunza *Stcrt.*, 2017; zie ook: Bosma e.a. 2019.

In dit hoofdstuk worden de bevindingen uit hun onderzoeken verder uitgewerkt, gecategoriseerd en toegepast op de organisatie van sociale diensten.

## 8.2 HET BEGRIP ONDERNEMER: EEN HISTORISCHE BESPREKING VAN EEN TAALKUNDIGE EN INHOUDELIJKE CONCEPTUELE ONTWIKKELING

In deze paragraaf staan de conceptuele ontwikkelingen – taalkundig en inhoudelijk – rondom het begrip ondernemer in het aanbestedingsrecht centraal. Bij de afbakening van de reikwijdte van dit begrip speelt de jurisprudentie van het HvJ EU een belangrijke rol. In deze jurisprudentie lijkt het Hof bij de invulling van het begrip ondernemer in het aanbestedingsrecht, aan te sluiten bij de uitleg die het Hof eerder aan het begrip ‘onderneming’ in het mededingingsrecht heeft gegeven.<sup>1293</sup> Deze jurisprudentiële invloeden lijken daarom ook te zien in de definitie van het begrip ondernemer die sinds Richtlijn 2004/18/EG in de aanbestedingsrichtlijn is opgenomen en nu is te vinden in art. 2 lid 1, sub 10 Richtlijn 2014/24/EU.

### 8.2.1 Ondernemers: natuurlijke en rechtspersonen met inbegrip van openbare lichamen

In de eerste aanbestedingsrichtlijnen werden de entiteiten waarop de richtlijn betrekking had aangeduid als ‘de aannemer’ in het geval van werken en de ‘leverancier’ in het geval van leveringen. Er was geen definitie van deze (rechts)personen opgenomen. Wel was in artikel 1 sub a van deze afzonderlijke richtlijnen reeds bepaald dat zij een natuurlijke persoon of rechtspersoon konden betreffen.<sup>1294</sup> In de aanbestedingsrichtlijn voor diensten van 1992, waarin de inschrijver wordt aangeduid als dienstverlener, is voor het eerst een definitie opgenomen, als dienstverrichters daarin worden gedefinieerd als: ‘natuurlijke of rechtspersonen, met inbegrip van openbare lichamen, die diensten aanbieden (...)’.<sup>1295</sup> Hieruit is reeds af te leiden dat de EU-wetgever de kring van de inschrijvers dus van het begin af aan niet heeft willen beperken tot een bepaalde rechtsvorm, maar dat het zowel om natuurlijke als rechtspersonen kan gaan. Bovendien is in de aanbestedingsrichtlijn voor diensten toegevoegd dat het ook kan gaan om openbare lichamen. In dat verband is in het voorstel bij deze aanbestedingsrichtlijn voor diensten opgemerkt dat de openbare sector zich als zodanig eerder bezighoudt met het verrichten van diensten dan met de productie van goederen; in die zin is het dus logisch dat deze toevoeging juist in de richtlijn voor diensten is opgenomen.<sup>1296</sup>

Daarbij speelt de vraag wie de ondernemer is in het aanbestedingsrecht in de jurisprudentie van het HvJ EU lange tijd slechts een geringe rol van betekenis. In de jurisprudentie wordt wel regelmatig verwezen naar de inschrijver, waarbij het HvJ

1293. Hier lijkt het Hof dan ook gebruik te maken van een systematische interpretatiemethode (zie hoofdstuk 1, par. 1.4); het plaatst het begrip ondernemer uit het aanbestedingsrecht in de context van andere (interne markt)regulering.

1294. Zie art. 1 sub a, Richtlijn 71/305/EEG (werken) en art. 1 sub a, Richtlijn 77/62/EEG (leveringen). En zie later eenzelfde toevoeging in art. 1 sub a, Richtlijn 93/36/EEG (leveringen). Bij Richtlijn 93/37/EEG (werken) is deze toevoeging echter niet opgenomen.

1295. Zie art. 1 sub c, Richtlijn 92/50/EEG (diensten).

1296. COM(1990)372, p. 31.

EU de aanduidingen aannemer, leverancier, of de dienstverlener hanteert en hen ook wel afwisselend aanduidt als ondernemers en als ondernemingen. Ook in die arresten wordt lange tijd geen definitie van het begrip gegeven.<sup>1297</sup> Als het Hof het heeft over ondernemers, dan worden zij voornamelijk genoemd in verband met het doel van de richtlijn, namelijk het openen van de markt voor overheidsopdrachten voor alle ondernemers in de lidstaten. Zo overweegt het HvJ EU in *Commissie/Italië* (1987) ten aanzien van de verwezenlijking van het doel van de toenmalige Richtlijn 71/305 voor werken:

‘Daartoe stelt zij, onder meer voor de bekendmaking en de deelneming, gemeenschappelijke regels vast, ten einde de overheidsopdrachten in de verschillende Lid-Staten voor alle ondernemers uit de Gemeenschap toegankelijk te maken.’<sup>1298</sup>

Daarnaast wordt in de jurisprudentie bevestigd dat ook openbare lichamen onder de reikwijdte van het begrip vallen. Zo werd dit voor leveringen bevestigd in het *Teckal*-arrest waarin het HvJ EU oordeelt dat het niet bepalend is – niet uitmaakt dus – voor het bestaan voor een overheidsopdracht voor leveringen of de leverancier een aanbestedende dienst is.<sup>1299</sup> Voor diensten wordt dit bijvoorbeeld bevestigd in de zaken *ARGE* en *Stadt Halle*.<sup>1300</sup> Daarover in paragraaf 8.3.1.1 meer.

### 8.2.2 Ondernemers: marktdeelnemers naar analogie mededingingsrecht

Eind jaren negentig is in de jurisprudentie van het HvJ EU een verandering ten aanzien van de terminologie waar te nemen. In het *Arnhem/BFI*-arrest van 1998 introduceert het Hof namelijk de term ‘marktdeelnemer’.<sup>1301</sup> Aangezien het geschil op een geheel andere kwestie betrekking had, gaat het Hof verder niet in op de strekking van dit begrip. In deze zaak, die gaat over het inbesteden van wettelijke taken op het gebied van afvalverwijdering en stadsreiniging door de gemeente Arnhem en Rheden, gaat het verder namelijk om het eerste vereiste van een publiekrechtelijke instelling. Het HvJ EU doet in dat verband enkele belangrijke uitspraken over de afbakening tussen markt en overheid en introduceert daarbij de term ‘marktdeelnemer’.<sup>1302</sup> Overigens introduceerde A-G Léger deze term al iets eerder in zijn conclusie in het arrest *Mannesmann*.<sup>1303</sup> In de *University of Cambridge*-zaak werd deze overweging uit *Arnhem/BFI* vervolgens overgenomen.<sup>1304</sup> De nadruk bij het gebruik van de term ‘marktdeelnemer’ ligt echter ook bij deze arresten nog steeds op het beschermen van deze ‘marktdeelnemers’ die goederen of

1297. Zie bijvoorbeeld: HvJ EG 20 september 1988, zaak 31/87, ECLI:EU:C:1988:422 (*Beentjes*); HvJ EG 2 december 1999, C-176/98, ECLI:EU:C:1999:593 (*Holst Italia*), r.o. 17 en 24 e.v.; HvJ EG 7 december 2000, C-324/98, ECLI:EU:C:2000:669 (*Telaustria*), r.o. 28 en 43 e.v.; HvJ EG 18 januari 2007, zaak C-220/05, ECLI:EU:C:2007:31 (*Auroux Roanne*), r.o. 44. Zie hierover ook Manunza & Meershoek, PPLR 2020.

1298. HvJ EG 10 maart 1987, C-199/85, ECLI:EU:C:1987:115 (*Commissie/Italië*).

1299. HvJ EG 18 november 1999, C-107/98, ECLI:EU:C:1999:562 (*Teckal*), r.o. 42.

1300. HvJ EG 7 december 2000, C-94/99, ECLI:EU:C:2000:677 (*ARGE*), r.o. 28; HvJ EG 11 januari 2005, C-26/03, ECLI:EU:C:2005:5 (*Stadt Halle*), r.o. 45.

1301. HvJ EG 10 november 1998, C-360/96, ECLI:EU:C:1998:525 (*Arnhem/BFI*). Zie ook: Manunza & Meershoek, PPLR 2020.

1302. *Arnhem/BFI*, r.o. 41.

1303. Conclusie A-G Léger van 16 september 1997 bij C-44/96, ECLI:EU:C:1998:4.

1304. HvJ EG 3 oktober 2000, C-380/98, ECLI:EU:C:2000:529 (*University of Cambridge*), r.o. 16.

diensten aan in een andere lidstaat gevestigde aanbestedende diensten wensen aan te bieden. Toch laat deze verandering in terminologie al iets meer zien van de aard van de inschrijvers die later in ook in de definitie van het begrip in de aanbestedingsrichtlijn zal terugkomen: het begrip ondernemer betekent marktdeelnemer.

Het is goed mogelijk dat het Hof deze terminologie is gaan hanteren in aansluiting op de ontwikkelingen die ten aanzien van het begrip onderneming in het mededingingsrecht en het vrij verkeer plaatsvonden.<sup>1305</sup> Ten aanzien van de toepassing van de huidige artikelen 101 en 102 VWEU legde het HvJ EU in het arrest *Höfner* uit 1991, namelijk uit:

*‘In de context van het mededingingsrecht moet worden gepreciseerd, dat (...) het begrip onderneming elke eenheid omvat die een economische activiteit uitoefent, ongeacht haar rechtsvorm en de wijze waarop zij wordt gefinancierd (...).’*<sup>1306</sup>

In deze zaak was het onder meer de vraag of een publiekrechtelijk orgaan, ‘de *Bundesanstalt*’ voor de werkgelegenheid, dient te worden aangemerkt als een onderneming in de zin van de toenmalige artikelen 85 en 86 EEG-Verdrag als het gaat om het uitvoeren van diensten van arbeidsbemiddeling. Het Hof preciseert in deze zaak dat het voor de toepassing van het mededingingsrecht gaat om de vraag of een entiteit een economische activiteit uitoefent en dat het niet uitmaakt ‘wie’ deze entiteit is, dan wel hoe deze entiteit wordt gefinancierd. Het Hof komt in deze zaak op grond daarvan tot de conclusie dat sprake is van een onderneming, ook al werd de arbeidsbemiddeling uitgevoerd door een publiekrechtelijk orgaan.<sup>1307</sup> Het Hof overweegt dat de omstandigheid dat de arbeidsbemiddeling gewoonlijk is toevertrouwd aan publiekrechtelijke organen, niets afdoet aan het economisch karakter van deze activiteit. De arbeidsbemiddeling is namelijk niet altijd in handen van overheidsdiensten geweest en een dergelijk overheidsmonopolie is ook niet noodzakelijk, met name waar het gaat om de bemiddeling van hoger en leidinggevend personeel.<sup>1308</sup>

In latere arresten maakt het Hof verder duidelijk dat het bij de vraag of een economische activiteit wordt uitgeoefend, gaat om de vaststelling of een entiteit goederen of diensten aanbiedt op een bepaalde markt.<sup>1309</sup> Het gaat dus in zekere zin om een ‘markt’deelnemer. Zo merkt de A-G bij het arrest *AOK Bundesverband* ten aanzien van ziekenfondsen op dat ‘de wijze waarop het Hof onderzoekt of een bepaalde

1305. Manunza & Meershoek, *PPLR* 2020.

1306. HvJ EG 23 april 1991, C-41/90, ECLI:EU:C:1991:161 (*Höfner*), r.o. 21; bevestigd in o.a.: HvJ EG 17 februari 1993, gevoegde zaken C-159/91 en C-160/91, ECLI:EU:C:1993:63 (*Poucet en Pistre*), r.o. 17; HvJ EG 16 november 1995, C-244/94, ECLI:EU:C:1995:392 (*Fédération française des sociétés d’assurances e.a.*), r.o. 14; HvJ EG 11 december 1997, C-55/96, ECLI:EU:C:1997:603 (*Job Centre*), r.o. 21. HvJ EG 16 maart 2004, gevoegde zaken C-264/01, C-306/01, C-354/01 en C-355/01, ECLI:EU:C:2004:150 (*AOK Bundesverband*), r.o. 46.

1307. *Höfner*, r.o. 21-23.

1308. *Höfner*, r.o. 22.

1309. Zie hierover ook Manunza & Meershoek, *PPLR* 2020; De invulling van het begrip economische activiteit was overigens reeds bekend met HvJ EG 16 juni 1987, C-118/85, ECLI:EU:C:1987:283 (*Commissione/Italië*), r.o. 7, maar wordt pas later voor het eerst aan de uitleg van een onderneming gekoppeld, zie: HvJ EG 18 juni 1998, C-35/96, ECLI:EU:C:1998:303 (*Commissione v Italië*), r.o. 36; en HvJ EG 12 september 2000, C-180/98 en C-184/98, ECLI:EU:C:2000:428 (*Pavlov e.a.*), r.o. 75.

entiteit een onderneming is in de zin van het mededingingsrecht in het algemeen als een functionele benadering kan worden aangemerkt, omdat het zich laat leiden door de aard van de uitgeoefende activiteit en niet door de kenmerken van degenen die ze uitoefenen, de ermee verband houdende sociale doelstellingen of de wettelijke of financiële voorschriften waaraan zij in een bepaalde lidstaat is onderworpen'.<sup>1310</sup> Om onder het mededingingsrecht te beoordelen of sprake is van een economische activiteit, is volgens de A-G van essentieel belang of de activiteit 'althans in beginsel door een particuliere onderneming kan worden uitgeoefend met het oog op het maken van winst'.<sup>1311</sup> Ook uit het arrest *Ambulanz Glöckner* kan worden afgeleid dat niet daadwerkelijk winst hoeft te worden nagestreefd, maar dat het gaat om de vraag of dat potentieel het geval kan zijn.<sup>1312</sup> Als reeds besproken in paragraaf 2.6.2 zijn de activiteiten die daarmee niet onder het ondernemingsbegrip vallen uiteindelijk slechts de overheidsprerogatieven en de activiteiten van zuiver sociale aard, waarbij de sociale aard dus zichtbaar moet zijn in de wijze waarop de activiteit – ook financieel – is georganiseerd.<sup>1313</sup> Ook in het staatssteunrecht staat deze benadering, waarbij wordt bezien of de onderneming een economische activiteit uitoefent, centraal.<sup>1314</sup>

Wat betreft de Verdragsbepalingen van het vrij verkeer geldt ook dat het begrip 'economische activiteit' centraal staat bij de toepassing van de regels; maar gezien de onderscheiden aard van deze regels – namelijk het vrije verkeer bevorderen en belemmeringen daarvan ten nadele van een marktdeelnemer die een economische activiteit wenst uit te oefenen tegen te gaan – is het vaststellen daarvan niet zozeer gerelateerd aan het begrip onderneming.<sup>1315</sup>

De gedachte dat de term marktdeelnemer in het aanbestedingsrecht door deze jurisprudentie op het terrein van het mededingings- en staatssteunrecht is beïnvloed, wordt bevestigd in het in de volgende paragraaf te bespreken *Commissie/Italië*-arrest uit 2007, waarin het HvJ EU het begrip ondernemer nader uitlegt in de context van het aanbestedingsrecht (paragraaf 8.3.1.2). In dit arrest sluit het HvJ EU bij het bepalen van de reikwijdte van dit begrip namelijk expliciet aan bij het begrip onderneming in het mededingingsrecht.<sup>1316</sup> Ook in de daaropvolgende arresten van het HvJ EU waarin de vraag centraal staat of sprake is van ondernemers in het aanbestedingsrecht, lijkt het daarbij aan te sluiten.

Er is dan ook sprake van een consistente en coherente toepassing van het begrip onderneming dan wel ondernemer voor wat betreft de toepasselijkheid van de verschillende interne marktregels – of het nu het staatssteun-, mededinging-

1310. Zie de conclusie van A-G Jacobs van 22 mei 2003, C-264/01, ECLI:EU:C:2003:30 (*AOK Bundesverband*), punt 25.

1311. Conclusie van A-G Jacobs, punt 26-27.

1312. Zie bijvoorbeeld ook: HvJ EG 25 oktober 2001, C-475/99, ECLI:EU:C:2001:577 (*Ambulanz Glöckner*).

1313. Zie voor een voorbeeld in de zaak HvJ EG 17 februari 1993, gevoegde zaken C-159/91 en C-160/91, ECLI:EU:C:1993:63 (*Poucet en Pistre*).

1314. Zie daarover o.a.: Mededeling van de Commissie betreffende het begrip 'staatssteun' in de zin van artikel 107, lid 1, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, *PbEU* 2016 C 262/1.

1315. Zie o.a. HvJ EG 24 maart 1994, C-275/92, ECLI:EU:C:1994:119 (*Schindler*), r.o. 19. HvJ EG 20 november 2001, C-268/99, ECLI:EU:C:2001:616 (*Jany e.a.*), r.o. 33.

1316. HvJ EG 29 november 2007, C-119/06, ECLI:EU:C:2007:729 (*Commissie/Italië*).

aanbestedingsrecht betreft.<sup>1317</sup> Wel heeft deze regulering een verschillende werking, aangezien ze ziet op verschillende gedragingen. Zo ziet het mededingingsrecht op gedragingen van ondernemingen ten opzichte van elkaar en op commerciële activiteiten van overheden zodat de concurrentie niet wordt vervalst; het aanbestedingsrecht ziet vooral op gedrag van de overheid bij de gunning van overheidsopdrachten.<sup>1318</sup> Per rechtsgebied kunnen dan ook vervolgens verschillende regels (of uitzonderingen) van toepassing zijn.

### 8.2.3 Codificatie jurisprudentie marktdeelnemer in de aanbestedingsrichtlijnen

Opvallend is dat de Europese Commissie in haar voorstellen voor Richtlijn 2004/18/EG – waarin de drie aparte aanbestedingsrichtlijnen, voor werken, leveringen en diensten werden samengevoegd – in de Nederlandse taalversie het overkoepelende begrip ‘economisch subject’ had voorgesteld als aanduiding voor een inschrijver op een overheidsopdracht.<sup>1319</sup> Ter uitleg wordt daarover slechts opgemerkt dat dit begrip de termen leverancier, aannemer en dienstverlener omvat en dat het begrip economisch subject ‘louter is gekozen ter vereenvoudiging van de tekst’. De Engelse, Duitse, Italiaanse en Zweedse vertalingen daarvan zijn respectievelijk: ‘*economic operator*’, ‘*Wirtschaftsteilnehmer*’, ‘*operatore economico*’ en ‘*ekonomisk aktör*’. Deze vertalingen komen overeen met het begrip gehanteerd in het *Arnhem/BFI*-arrest. Mogelijk is de Commissie dan ook bij het zoeken naar een passend begrip geïnspireerd door het *Arnhem/BFI*-arrest, dan wel door de hierboven geschetste ontwikkelingen rondom het concept onderneming in het mededingingsrecht. In deze bewoordingen klinkt namelijk al meer door dat het gaat om de activiteit en niet om de aard van de inschrijver. Uiteindelijk is echter in de definitieve versie van deze richtlijn en in de huidige Richtlijn 2014/24/EU de Nederlandse term vervolgens gewijzigd naar ‘ondernemer’. In andere talen bleef de term ongewijzigd. Er kan dan ook worden gesteld dat de term ‘ondernemer’ in de Nederlandse taalversie gelijkgesteld mag worden met de term ‘economisch subject’ dan wel ‘marktdeelnemer’.

Dit wordt ook bevestigd door de definitie die in Richtlijn 2004/18 aan de ‘ondernemer’ wordt gegeven:

*‘elke natuurlijke of rechtspersoon of elk openbaar lichaam of elke combinatie van deze personen en/of lichamen die respectievelijk de uitvoering van werken en/of werkzaamheden van producten of diensten op de markt aanbiedt’.*<sup>1320</sup>

1317. Opgemerkt zij dat dit dus vergelijkbaar is met het begrip tegenprestatie (zie hoofdstuk 3, par. 3.5.3.5) waaraan net als in het vrij verkeer en mededinging ook in het aanbestedingsrecht een vergelijkbare (ruime) invulling wordt gegeven: ‘enig economisch voordeel’.

1318. Zie bijv. ook: Manunza 2002, p. 109-135.

1319. Zie de toelichting bij art. 1(4) in: COM/2000/0275 final. Voor het eerst besproken en uitgelegd door E.R. Manunza, “Valt de gunning van opdrachten aan burgerinitiatieven onder het aanbestedingsrecht?” op het congres van de Universiteit Utrecht en de Vrije Universiteit Amsterdam te Amsterdam, 11 april 2018; zie ook: Manunza & Meershoek, *PPLR* 2020.

1320. Zie art. 1 lid 8 Richtlijn 2004/18/EG. Voorheen was slechts het eerste gedeelte van de definitie opgenomen, zie art. 1 sub c Richtlijn 92/50/EEG en art. 1 sub a Richtlijn 93/36/EEG.



Vanwege de gebleken problemen in de praktijk rondom de juiste interpretatie van de diverse begrippen die in de aanbestedingsrichtlijnen werden gebruikt, en de omzeiling van EU-aanbestedingsrecht die daardoor plaatsvond, is juist in de richtlijn van 2004 veel aandacht besteed aan het definiëren van begrippen.<sup>1321</sup> Wellicht is dat ook de reden geweest om een uitgebreide definitie voor het begrip ondernemer op te nemen.

Tevens werd de uitleg die in jurisprudentie werd gegeven over deze diverse begrippen in de richtlijn gecodificeerd. Dit lijkt ook terug te zien in de definitie van het begrip ondernemer. Van belang in deze definitie is namelijk dat — naast de ruime reikwijdte van de personen die genoemd worden in het eerste deel daarvan — ook wordt bepaald dat het gaat om personen die werken, leveringen of diensten *op een markt* aanbieden. Hierin wordt dan ook bevestigd dat niet zozeer de persoon, maar de activiteit die deze persoon uitoefent van belang is. Dit is ook terug te zien in de jurisprudentie van het HvJ EU over het begrip ondernemer in het aanbestedingsrecht, zoals hierna verder wordt besproken.

In Richtlijn 2014/24/EU is in art. 2 lid 1 sub 10 dezelfde definitie terug te vinden, waarbij naast enkele tekstuele aanpassingen, vooral het eerste gedeelte van de definitie is aangevuld met het feit dat het ook kan gaan om tijdelijke samenwerkingsverbanden van ondernemingen. Het begrip ‘marktdeelnemer’ is dan ook meer geschikt dan het begrip ondernemer waarvoor is gekozen in de Nederlandse taalversie in de aanbestedingsrichtlijn.

Het Hof blijft overigens in jurisprudentie de term marktdeelnemer, dan wel ‘*economic operator*’, ‘*Wirtschaftsteilnehmer*’ of ‘*operatore economico*’ hanteren. In het arrest *Auroux/Roanne* oordeelt het Hof bijvoorbeeld dat ‘een marktdeelnemer, die zich ertoe verbindt de in een overeenkomst bedoelde werken te verwezenlijken, als aannemer in de zin van de aanbestedingsrichtlijn moet worden aangemerkt’.<sup>1322</sup> In deze zaak, die nog speelde onder een oude richtlijn voor werken, waarin als subject van het uitvoeren van werken nog de aannemer als de inschrijver stond vermeld, verbindt het Hof de persoon van de aannemer dus aan de term ‘marktdeelnemer’. In de Nederlandse taalversie van deze jurisprudentie wordt in plaats van marktdeelnemer ook nog vaak het woord ondernemer of onderneming gebruikt — in navolging van de Nederlandse taalversie van de richtlijn.<sup>1323</sup>

### 8.3 WIE VALT ONDER HET AANBESTEDINGSRECHT? KENMERKEN ONDERNEMERS IRRELEVANT, RELEVANT IS OF SPRAKE IS VAN EEN ECONOMISCHE ACTIVITEIT

In de jurisprudentie van het HvJ EU is inmiddels regelmatig aan de orde gekomen wie onder het begrip ondernemers in de zin van de aanbestedingsrichtlijnen vallen. In deze jurisprudentie, die in deze paragraaf zal worden besproken, legt het HvJ EU daarbij voornamelijk uit welke kenmerken van een ondernemer *niet* van belang zijn voor de toepasselijkheid van de aanbestedingsrichtlijnen. Zo blijkt bijvoorbeeld

1321. Zie o.a. COM(96) 583 def. (Groenboek), p. 11.

1322. *Auroux/Roanne*, r.o. 44. Zie verder ook bijvoorbeeld *Helmut Müller*, r.o. 70 e.v.

1323. Vergelijk bijvoorbeeld de Engelse en Duitse versie van het arrest *ASL Lecce* en *IBA Molecular*, met de Nederlandse versie: HvJ EU 19 december 2012, C-159/11, ECLI:EU:C:2012:817 (*ASL Lecce*); HvJ EU 18 oktober 2018, C-606/17, ECLI:EU:C:2018:843 (*IBA Molecular Italy*).

niet relevant: of een entiteit al dan niet een winstoogmerk heeft, dat de activiteiten slechts tegen kostenvergoeding worden verricht, dat sprake is van een sociale doelstelling of dat sprake is van een openbaar lichaam of gesubsidieerde instantie. Hieruit volgt dat een aantal aannames die in de Nederlandse praktijk wel worden gedaan ten aanzien van de vraag wie ondernemers zijn in de zin van de aanbestedingsrichtlijn, niet kloppen.<sup>1324</sup> Er wordt namelijk wel gedacht en betoogd dat entiteiten zoals vrijwilligersorganisaties of burgerinitiatieven niet onder de aanbestedingsrichtlijn vallen, nu zij niet op een markt zouden opereren. Dit onder meer omdat zij een maatschappelijke functie vervullen, niet commercieel zijn, niet op regelmatige basis op de markt actief zijn, dan wel omdat zij in hun eigen buurt opereren en dus iets voor zichzelf (en niet op een markt) doen. Hieronder zal blijken dat deze elementen niet relevant zijn om te bepalen of de aanbestedingsrichtlijn van toepassing is, maar dat het gaat om de activiteit die ze uitvoeren. Dit is ook van belang voor vrijwilligersorganisaties of burgerinitiatieven die sociale diensten uitvoeren; op grond van hun aard kunnen zij in beginsel niet worden uitgezonderd van de aanbestedingsrichtlijnen.

Hierin lijkt het Hof dus aan te sluiten bij de benadering van het mededingingsrecht, en erop te wijzen dat het niet gaat om de aard van de ondernemer, maar om de activiteit die de ondernemer uitvoert: is die economisch of niet. Zoals in paragraaf 2.6.2 reeds is besproken, is dit ook een scheidslijn tussen EU-bevoegdheden en nationale soevereiniteit. Waar geen sprake is van economische activiteiten hebben de lidstaten zelf ruimte om (sociale) diensten vorm te geven, waar sprake is van economische activiteiten, worden de bepalingen van de EU-interne markt van belang.

In de jurisprudentie waarin de vraag aan de orde komt wie ondernemer is in het aanbestedingsrecht, kunnen twee situaties worden onderscheiden. De eerste situatie betreft het geval dat door een aanbestedende dienst geen aanbestedingsprocedure wordt gevolgd en een voorkeursbehandeling wordt gegeven, bijvoorbeeld aan vrijwilligersorganisaties of openbare (overheids)lichamen. De vraag die dan bij het HvJ EU voorligt is of deze entiteiten onder het begrip ondernemer vallen, zodat een aanbestedingsprocedure had moeten worden gevolgd. De tweede situatie betreft het omgekeerde geval, dat de aanbestedende dienst een aanbestedingsprocedure volgt, maar deze entiteiten vanwege hun bijzondere aard heeft uitgesloten van de aanbesteding. In dat geval ligt dan de vraag voor of deze entiteiten ook onder het ondernemersbegrip vallen en daarom niet (automatisch) van de aanbestedingsprocedure hadden mogen worden uitgesloten. Onder deze tweede situatie kan ook worden geschaard dat een particuliere ondernemer klaagt dat een openbaar lichaam uitgesloten had moeten worden omdat zijn bieding de mededinging verstoort. In beide gevallen hanteert het Hof echter dezelfde ruime benadering van het begrip ondernemers en oordeelt het dat de entiteiten in beginsel daaronder vallen.<sup>1325</sup>

1324. Zie bijv. Robbe, *Aanbestedingscafé* 2017.

1325. De uitzondering daarop wordt besproken in par. 8.4.

### 8.3.1 Irrelevante kenmerken voor het ondernemersbegrip

#### 8.3.1.1 *Zijn van een openbaar lichaam of gesubsidieerd lichaam is irrelevant*

In diverse arresten waarin de reikwijdte van het ondernemersbegrip aan de orde komt, gaat het om de vraag of een openbaar lichaam daaronder valt.<sup>1326</sup> In de voorgaande paragraaf werden daarvan reeds enkele voorbeelden genoemd. In deze zaken wordt ofwel betoogd dan wel ervanuit gegaan dat openbare lichamen niet mee mogen doen met aanbestedingsprocedures aangezien zij een aparte status of bevoorrechte positie hebben (i), ofwel dat sprake kan zijn van rechtstreekse gunning van een opdracht (zonder aanbestedingsprocedure) aan deze openbare lichamen, omdat gedacht wordt dat deze opdrachtverstrekking niet onder het aanbestedingsrecht valt (ii). In deze beide situaties legt het Hof de reikwijdte van het ondernemersbegrip uit en hanteert het een ruime uitlegging van dit begrip, ten einde de doelstellingen van de aanbestedingsrichtlijn te waarborgen. Uit deze arresten volgt dat het feit dat het om een openbaar lichaam gaat, niet relevant is voor het ondernemersbegrip. Daarnaast volgt daaruit ook dat het in beginsel niet relevant is dat sprake is van een gesubsidieerd lichaam: ook entiteiten die subsidie hebben gekregen kunnen in beginsel meedoen met aanbestedingsprocedures.

Met het oog op het organiseren van sociale diensten is van belang dat enerzijds openbare lichamen – en dus ook andere aanbestedende diensten – mee mogen dingen naar een opdracht (zij mogen niet zomaar worden uitgesloten vanwege hun publieke status en de bijhorende voordelen die zij kunnen hebben), en anderzijds dat gemeenten niet rechtstreeks zonder aanbestedingsprocedure een opdracht kunnen gunnen aan een andere aanbestedende dienst. Wanneer een gemeente een overheidsopdracht voor bijvoorbeeld huishoudelijke hulp wenst te laten uitvoeren door een (ander) openbaar lichaam, bijvoorbeeld een andere gemeente die deze diensten zelf is gaan uitvoeren, dan moet deze opdracht in beginsel worden aanbesteed. Wel kunnen gemeenten kiezen om de diensten zelf uit te voeren (inbesteden) of gebruik te maken van de inbestedingsuitzonderingen: dan hoeft geen aanbestedingsprocedure te worden gevolgd.<sup>1327</sup>

Voor dit hoofdstuk, waarin vooral de bijzondere rol van vrijwilligersorganisaties of burgerinitiatieven centraal staat, is van belang dat in deze jurisprudentie duidelijk wordt dat sprake is van een ruim ondernemersbegrip, waarbij niet relevant is: de rechtsvorm en in het bijzonder het zijn van een private dan wel publieke entiteit, het feit dat het gaat om entiteiten die hoofdzakelijk andere doelstellingen dan winst nastreven en om entiteiten die op onregelmatige basis actief zijn op de markt.<sup>1328</sup>

1326. Zie o.a.: HvJ EG 7 december 2000, C-94/99, ECLI:EU:C:2000:677 (ARGE); HvJ EG 11 januari 2005, C 26/03, ECLI:EU:C:2005:5 (Stadt Halle); HvJ EG 23 december 2009, C-305/08, ECLI:EU:C:2009:807 (CoNISMa); HvJ EU 18 december 2014, C-568/13, ECLI:EU:C:2014:2466 (Data Medical Service), r.o. 30 e.v.; HvJ EU 6 oktober 2015, C-203/14, ECLI:EU:C:2015:664 (Consorti Sanitari del Maresme).

1327. Voor de inbestedingsuitzonderingen, zie art. 12 Richtlijn 2014/24/EU, geïmplementeerd in art. 2.24a e.v. Aw 2012.

1328. In andere arresten, die ik in de hiernavolgende paragrafen bespreek, wordt dit verder duidelijk.

Dit komt bijvoorbeeld naar voren in het ARGE-arrest uit 2000.<sup>1329</sup> In deze zaak gaat om een aanbestedingsprocedure voor monsternemingen en analyses van water van een aantal Oostenrijkse meren en rivieren, waarbij ook aanbiedingen worden gedaan door dienstverleners uit de openbare sector. ARGE, een vereniging van ondernemingen en burgerlijk ingenieurs die ook een bieding deed, betwist de deelneming van deze vennootschappen aan de aanbestedingsprocedure op grond van het feit dat zij als semi-openbare inschrijvers hoge overheidssubsidies ontvangen.<sup>1330</sup> ARGE betoogt onder meer dat de deelneming van inschrijvers die overheidssubsidie genieten, ertoe zal leiden dat de inschrijver die geen subsidie ontvangt bij de bepaling van de beste aanbieding, wordt gediscrimineerd en benadeeld.<sup>1331</sup> Het gaat in dit arrest dus om de situatie dat wel een aanbestedingsprocedure is gevolgd, maar wordt betoogd dat openbare lichamen hadden moeten worden uitgesloten van de procedure, gezien hun bijzondere karakter en bijhorende voordelen.

Het HvJ EU gaat echter niet mee in het standpunt van ARGE. Volgens het HvJ EU wordt het beginsel van gelijke behandeling namelijk niet geschonden door het enkele feit dat de aanbestedende diensten lichamen tot een aanbestedingsprocedure toelaten die subsidie ontvangen, waardoor zij aanbiedingen kunnen doen waarvan de prijzen veel lager zijn dan die van hun mededingers die geen subsidie ontvangen.<sup>1332</sup> Het HvJ EU merkt op dat, had de EU-wetgever willen verplichten deze inschrijvers uit te sluiten, hij dat dan uitdrukkelijk in de aanbestedingsrichtlijnen zou hebben neergelegd.<sup>1333</sup>

Van belang is vervolgens dat het Hof erop wijst dat in de artikelen van de toepasselijke Richtlijn 92/50, waarin de selectie- en gunningscriteria worden geregeld, nergens wordt bepaald dat een inschrijver moet worden uitgesloten op grond van het feit dat hij overheidssubsidie krijgt. Integendeel: in deze richtlijn is juist neergelegd dat de inschrijver ook een openbaar lichaam kan betreffen dat zijn diensten aanbiedt.<sup>1334</sup> In deze zaak komt het Hof dan ook tot het oordeel dat ook al is sprake van een openbaar lichaam en heeft dit lichaam voordelen vanwege het verkrijgen van subsidies voor het uitvoeren van zijn taken, dit geen reden is voor uitsluiting van deelname aan aanbestedingsprocedures.

Daaraan voegt het HvJ EU nog wel toe dat aanbestedende diensten in bepaalde bijzondere omstandigheden verplicht zijn, dan wel mogelijkheden hebben, om rekening te houden met het feit dat een subsidie – en in het bijzonder niet met het Verdrag verenigbare steun – wordt toegekend, en deze inschrijvers in het geval van onverenigbare steun uit te sluiten.<sup>1335</sup> Zo kan of moet de inschrijver bijvoorbeeld wel worden uitgesloten als de inschrijver verboden staatssteun heeft ontvangen

1329. HvJ EG 7 december 2000, C-94/99, ECLI:EU:C:2000:677 (ARGE); zie echter bijv. ook in: HvJ EG 11 januari 2005, C-26/03, ECLI:EU:C:2005:5 (Stadt Halle), waarin sprake is van de omgekeerde situatie dat een opdracht rechtstreeks zonder aanbestedingsprocedure aan een openbaar lichaam wordt gegund omdat gedacht wordt dat vanwege die bijzondere situatie geen aanbestedingsprocedure nodig is.

1330. ARGE, r.o. 13.

1331. ARGE, r.o. 22 en 23 voor meer klachten.

1332. ARGE, r.o. 25.

1333. ARGE, r.o. 26.

1334. ARGE, r.o. 27 en 28. Het HvJ EU lijkt in deze zaak vooral in aanmerking te nemen wat in EU-wetgeving is bepaald; een grammaticale benadering dus (zie hoofdstuk 1, par. 1.4). Het Hof vindt namelijk ondersteuning voor het feit dat het gelijkheidsbeginsel niet is geschonden, in het bepaalde in de aanbestedingsrichtlijnen.

1335. ARGE, r.o. 29.

en de terugvordering van de staatssteun een risico vormt voor zijn financiële gezondheid.<sup>1336</sup>

A-G Léger legt dit in zijn conclusie bij deze zaak verder uit.<sup>1337</sup> Volgens Léger erkent het Unierecht namelijk, als het bepaalde vormen van staatssteun toelaat, dat de begunstigde marktdeelnemers het recht hebben onder dezelfde voorwaarden als de andere marktdeelnemers hun activiteit uit te oefenen – of het om overheidsopdrachten gaat of niet.<sup>1338</sup> Het zou immers anders geen zin hebben ondernemers op rechtmatige wijze te steunen, als hen tegelijkertijd de uitvoering van normale economische activiteiten wordt verboden.<sup>1339</sup> Met andere woorden: het zou het nut van subsidies of andere vormen van rechtmatige staatssteun wegnemen, als ondernemers vervolgens om die reden worden uitgesloten van marktactiviteiten, zoals het uitvoeren van overheidsopdrachten.

Deze overwegingen kunnen ook interessant zijn voor het sociaal domein bij de vraag wie onder het begrip ondernemers vallen, hoewel dit aspect dus niet anders is voor commerciële dan wel niet-commerciële entiteiten (het thema van dit hoofdstuk). Uit dit arrest volgt namelijk dat gesubsidieerde zorgaanbieders, bijvoorbeeld jeugdzorginstellingen, die – op wettelijke gronden – worden gesubsidieerd voor bepaalde activiteiten, ook gewoon mee kunnen doen met aanbestedingen. Sterker nog: zij mogen op die grond niet worden uitgesloten. Pas als er sprake is van verboden staatssteun en de terugvordering tot financiële risico's leidt, lijkt er op grond van het ARGE-arrest ruimte voor uitsluiting. Deze conclusie wordt bevestigd in het hierna te bespreken *CoNISMa*-arrest, waarbij het Hof aanvullend ook overweegt dat slechts sprake kan zijn van uitsluiting als daadwerkelijk een verstoring van de mededinging optreedt.<sup>1340</sup> Het enkele feit dat een ondernemer door de subsidie scherpere biedingen kan doen, is daarvoor niet voldoende.

Evenals in het ARGE-arrest staat ook in het *CoNISMa*-arrest uit 2009 de vraag centraal of het bepaalde inschrijvers op grond van de aanbestedingsrichtlijn is verboden deel te nemen aan een aanbestedingsprocedure, vanwege het feit dat zij een openbaar lichaam zijn en hoofdzakelijk andere doelstellingen dan winst nastreven.<sup>1341</sup> In deze zaak, die ging over een aanbesteding van een opdracht voor 'dienstverlening bestaande in de seismostratigrafische kartering van de zeebodem, het verrichten van kernboringen en het nemen van monsters op zee', werd een combinatie van universiteiten en drie ministeries verenigd onder de naam *CoNISMa*, van de aanbestedingsprocedure uitgesloten.<sup>1342</sup> Deze beslissing van de aanbestedende dienst was gebaseerd op Italiaanse wetgeving waarin een limitatieve lijst was opgenomen aan wie overheidsopdrachten konden worden gegund.<sup>1343</sup> Op dit lijstje kwamen universiteiten en ministeries niet voor, waarop de aanbestedende dienst

1336. ARGE, r.o. 30.

1337. Zie Conclusie A-G Léger van 15 juni 2000, C-94/99, ECLI:EU:C:2000:330.

1338. Conclusie A-G Léger, punt 103-104.

1339. Conclusie A-G Léger, punt 103.

1340. *CoNISMa*, r.o. 34.

1341. HvJ EG 23 december 2009, C-305/08, ECLI:EU:C:2009:807 (*CoNISMa*), r.o. 24.

1342. *CoNISMa*, r.o. 14-15.

1343. *CoNISMa*, r.o. 11.

besliste deze entiteit uit te sluiten van deelname aan de aanbestedingsprocedure.<sup>1344</sup> Daarbij wordt aangevoerd dat deze combinatie hoofdzakelijk andere doelstellingen dan winst nastreeft, zij niet georganiseerd is als een onderneming en zij niet op een regelmatige basis op de markt aanwezig is.<sup>1345</sup> Met het oog daarop wordt gesteld dat de mededinging zou kunnen worden verstoord door deelname van dergelijke publieke entiteiten, omdat zij zich vanwege de hun toegekende openbare middelen in een bevoorrechte positie bevinden ten opzichte van particuliere ondernemers.<sup>1346</sup>

In deze zaak oordeelt het HvJ EU aan de hand van diverse bepalingen van Richtlijn 2004/18, dat openbare lichamen zoals in deze zaak niet zijn uitgesloten van het ondernemersbegrip.<sup>1347</sup> Zo maakt de richtlijn volgens het Hof geen onderscheid tussen de inschrijvers naar gelang zij al dan niet hoofdzakelijk winst nastreven en voorziet deze evenmin met zoveel woorden in de uitsluiting van lichamen als bedoeld in deze zaak. Het Hof verwijst daarbij onder andere naar art. 1 lid 8, dat de hoedanigheid van ‘ondernemer’ niet alleen verbindt aan elke natuurlijke of rechtspersoon die diensten op de markt aanbiedt, maar ook – uitdrukkelijk – aan elk openbaar lichaam, eventueel in combinaties verenigd, dat die diensten op de markt aanbiedt. Het begrip ‘openbaar lichaam’ kan daarbij volgens het Hof ‘tevens lichamen omvatten die hoofdzakelijk andere doelstellingen dan winst nastreven, niet als een onderneming zijn georganiseerd en niet op een regelmatige basis op de markt aanwezig zijn’.<sup>1348</sup> Daarnaast wijst het Hof ook nog op art. 4 Richtlijn 2004/18, waarin geen onderscheid wordt gemaakt tussen de gegadigden of inschrijvers op basis van hun publiek- dan wel privaatrechtelijke statuut.

Wel wijst het HvJ EU erop dat punt 4 van de considerans van Richtlijn 2004/18, lidstaten verplicht om erop toe te zien dat de deelname van een publiekrechtelijke instelling aan een openbare aanbesteding geen verstoring van de mededinging tot gevolg heeft.<sup>1349</sup> Onder verwijzing naar het hiervoor besproken ARGE-arrest overweegt het Hof dat een aanbestedende dienst in bepaalde bijzondere omstandigheden verplicht is, dan wel de mogelijkheid heeft, rekening te houden met het feit dat subsidie, en in het bijzonder niet met het Verdrag verenigbare steun, is toegekend, hetgeen ook reden kan zijn voor uitsluiting.<sup>1350</sup> Het HvJ EU oordeelt in *CoNISMa* dat de mogelijkheid dat een ondernemer zich als gevolg van overheidsfinanciering of staatssteun in een bevoorrechte positie bevindt, echter niet kan rechtvaardigen dat dergelijke entiteiten ‘a priori en zonder enig nader onderzoek’ worden uitgesloten van deelname aan een overheidsopdracht.<sup>1351</sup> In dit arrest lijkt het HvJ EU dus anders dan in het ARGE-arrest, meer nadruk te leggen op de mogelijkheid om een openbaar lichaam vanwege zijn bevoorrechte positie uit te sluiten, maar dat dit dan in ieder geval een nader onderzoek vergt of er sprake is van een verstoring

1344. *CoNISMa*, r.o. 15.

1345. *CoNISMa*, r.o. 18 e.v., zie ook r.o. 27.

1346. *CoNISMa*, r.o. 32 e.v.

1347. *CoNISMa*, r.o. 28-35. Opmerking verdient dat in dit arrest aan de hand van een grammaticale benadering door het HvJ EU, het antwoord op de vraag dus reeds vastgesteld kan worden (hoofdstuk 1, par. 1.4).

1348. *CoNISMa*, r.o. 30.

1349. *CoNISMa*, r.o. 32.

1350. *CoNISMa*, r.o. 33; ARGE, r.o. 29.

1351. *CoNISMa*, r.o. 34.

van de mededinging. Het lijkt er echter op dat dit ook in lijn met het ARGE-arrest moet worden opgevat, namelijk dat ook nu nog geldt dat uitsluiting alleen kan volgen in bijzondere omstandigheden, bijvoorbeeld als de steun onrechtmatig is. Even verder haalt het Hof dit arrest nogmaals aan en stelt het vast dat het niet in strijd is met het gelijkheidsbeginsel om entiteiten tot een aanbestedingsprocedure toe te laten die scherpere biedingen kunnen doen omdat zij subsidie hebben ontvangen.<sup>1352</sup> Ten slotte kan bij openbare lichamen een rol spelen dat zij zich (ook) moeten houden aan het mededingingsrecht. In Nederland moeten overheden op grond van de Wet Markt & Overheid de integrale kosten doorberekenen, hetwelk ervoor zorgt dat zij moeten opereren onder voorwaarden waaronder zij de markt niet verstoren. Dit kan ook een effect hebben op hun (eerlijke) inschrijving op een aanbesteding.

*Ruim ondernemersbegrip: zoveel mogelijk entiteiten moeten kans krijgen om mee te dingen naar een overheidsopdracht*

Het HvJ EU verwijst in het arrest *CoNISMa* vervolgens ook naar allerlei eerdere arresten waaruit dit ruime ondernemersbegrip blijkt.<sup>1353</sup> Interessant is dat het Hof daarbij vooral wijst op het belang van de openstelling van een zo ruim mogelijke mededinging in het kader van de doelstellingen van de aanbestedingsrichtlijnen. Door een ruim ondernemersbegrip wordt immers aan zoveel mogelijk entiteiten een kans gegeven om naar een opdracht mee te dingen.<sup>1354</sup> Systematische uitsluiting van bepaalde entiteiten past dan ook niet bij de doelstellingen van het aanbestedingsrecht; uitsluiting moet daarentegen steeds per geval worden getoetst.

Het Hof concludeert in deze zaak dan ook dat zowel uit de bepalingen van Richtlijn 2004/18/EG als uit eerdere rechtspraak volgt 'dat iedere persoon of instantie zich in beginsel mag inschrijven (...) ongeacht zijn privaat- dan wel publiekrechtelijke statuut, en ongeacht de vraag of hij op systematische basis dan wel slechts occasioneel actief is op de markt, en of hij met overheidsgeld wordt gesubsidieerd'.<sup>1355</sup> Het is dus met andere woorden irrelevant voor het ondernemersbegrip dat de entiteit privaatrechtelijk dan wel publiekrechtelijk is georganiseerd, dat zij regelmatig actief is op de markt of dat zij met overheidsgeld wordt gesubsidieerd.

Interessant is dat het Hof ten slotte ondersteuning vindt voor zijn ruime uitlegging van het ondernemersbegrip in de overweging dat een beperktere uitleg tot gevolg zou hebben dat bepaalde entiteiten, bijvoorbeeld vanwege het feit dat zij niet hoofdzakelijk winst nastreven, niet onder de aanbestedingsrichtlijn zouden vallen. Opdrachten zouden dan rechtstreeks, zonder aanbestedingsprocedure, aan deze entiteiten kunnen worden gegund. Het HvJ EU besluit zijn overwegingen namelijk met de zinsnede:

1352. *CoNISMa*, r.o. 40.

1353. Het Hof noemt onder andere: HvJ EG 11 januari 2005, C-26/03, ECLI:EU:C:2005:5 (*Stadt Halle*); HvJ EG 13 december 2007, C-337/06, ECLI:EU:C:2007:786 (*Bayerischer Rundfunk e.a.*); HvJ EG 19 mei 2009, C-538/07, ECLI:EU:C:2009:317 (*Assitur*); HvJ EG 15 mei 2008, C-147/06, ECLI:EU:C:2008:277 (*SECAP*).

1354. HvJ EG 13 december 2007, C-337/06, ECLI:EU:C:2007:786 (*Bayerischer Rundfunk e.a.*). HvJ EG 19 mei 2009, C-538/07, ECLI:EU:C:2009:317 (*Assitur*). Naast een grammaticale interpretatiemethode hanteert het Hof hier dus ook een teleologische interpretatie, namelijk als het vraagstuk beziet in het licht van de doelstellingen van de aanbestedingsrichtlijnen (hoofdstuk 1, par. 1.4).

1355. *CoNISMa*, r.o. 42.

*‘een restrictieve uitlegging van het begrip “ondernemer” [zou] tot gevolg [...] hebben dat overeenkomsten tussen aanbestedende diensten en lichamen die bij hun handelen niet hoofdzakelijk winst nastreven, niet zouden worden beschouwd als overheidsopdrachten, dat zij onderhands zouden kunnen worden gesloten en dat zij buiten het bereik van de communautaire voorschriften inzake gelijke behandeling en transparantie zouden blijven, wat indruist tegen de doelstelling van die regels’.*<sup>1356</sup>

Het Hof neemt dus in overweging dat een ruim ondernemersbegrip ook een belangrijk ander effect zou hebben, namelijk dat bepaalde entiteiten daaronder niet zouden vallen. Dit druist in tegen de fundamentele beginselen en uitgangspunten van de interne markt, die een uitdrukking vormen van het non-discriminatiebeginsel. Volgens het Hof moet in het kader van de doelstellingen van de aanbestedingsregels, namelijk om de gelijke behandeling van alle ondernemers en dus de eerlijke mededinging te verzekeren, dan ook een ruime uitleg aan het begrip ondernemers worden gegeven.<sup>1357</sup> Deze conclusies uit *CoNISM*a worden in latere arresten van het HvJ EU meermaals bevestigd en zijn dan ook als vaste jurisprudentie aan te merken.<sup>1358</sup>

De ruime interpretatie van het ondernemersbegrip wordt onder meer in het arrest *ASL Lecce*-arrest uit 2012 bevestigd voor de situatie dat sprake is van een rechtstreekse gunning (zonder aanbestedingsprocedure) aan een andere aanbestedende dienst.<sup>1359</sup> Ter herinnering, in paragraaf 3.5.3.5 is deze zaak uitgebreid besproken: in deze zaak, waarin een opdracht voor onderzoek en beoordeling van de aardbevingsgevoeligheid van de ziekenhuisvoorzieningen van de provincie Lecce centraal stond, had ASL zonder oproep tot inschrijving een overeenkomst gesloten waarmee tussen ASL en de universiteit onderling een samenwerking tot stand werd gebracht ter uitvoering van de opdracht.<sup>1360</sup>

De vraag die centraal staat is of hier sprake is van een overheidsopdracht die had moeten worden aanbesteed. In dat verband oordeelt het Hof in deze zaak allereerst dat het voor de definitie van de overheidsopdracht niet van belang is dat deze ondernemer zelf een aanbestedende dienst is.<sup>1361</sup> Vervolgens verwijst het Hof naar het *CoNISM*a-arrest en overweegt dat het niet ter zake doet dat het betrokken lichaam niet hoofdzakelijk winst nastreeft, niet als een onderneming is georganiseerd of niet op een regelmatige basis op de markt aanwezig is.<sup>1362</sup>

Het Hof past in dit arrest dus de overwegingen uit *CoNISM*a toe, op een situatie waarin geen aanbestedingsprocedure is gevolgd vanwege het feit dat dit openbaar lichaam door de aanbestedende dienst werd gezien als een bijzondere entiteit. De conclusies uit *CoNISM*a kunnen dus volgens het HvJ EU worden doorgetrokken naar

1356. *CoNISM*a, r.o. 43.

1357. Overigens moet worden opgemerkt dat het HvJ EU in het antwoord op de tweede prejudiciële vraag in deze zaak oordeelt dat lidstaten wel de vrijheid hebben om de activiteiten van lichamen, zoals universiteiten en onderzoeksinstituten, die geen winst nastreven en als voornaamste doel hebben het verstrekken van onderwijs en het verrichten van onderzoek, te reglementeren.

1358. Zie: HvJ EU 18 december 2014, C-568/13, ECLI:EU:C:2014:2466 (*Data Medical Service*), r.o. 30 e.v.; HvJ EU 6 oktober 2015, C-203/14, ECLI:EU:C:2015:664 (*Consorti Sanitari del Mareme*), r.o. 32 e.v.

1359. HvJ EU 19 december 2012, C-159/11, ECLI:EU:C:2012:817 (*ASL Lecce*).

1360. Zie meer hierover in het kader van de criteria van een overheidsopdracht in hoofdstuk 3, par. 3.5.3.5.

1361. Onder verwijzing naar: HvJ EG 18 november 1999, C-107/98, ECLI:EU:C:1999:562 (*Teckal*), r.o. 51.

1362. *ASL Lecce*, r.o. 26.



de vraag of een opdracht direct kan worden gegund aan een dergelijke openbare entiteit. Het antwoord daarop is – in lijn met *CoNiSMa* – ontkennend. Ook hier geldt dat de bijzondere status van deze entiteiten, dat ze niet hoofdzakelijk winst nastreven, niet actief zijn op een markt en niet als ondernemer zijn georganiseerd, niet relevant is voor het ondernemersbegrip. Op deze opdrachtverstrekking is de aanbestedingsrichtlijn dan ook van toepassing.

Dit arrest, dat ook in paragraaf 3.5.3.5 reeds uitgebreid is besproken, is vooral van belang omdat het HvJ EU hierin voor het eerst heel duidelijk uitlegt dat ook bij een (gedeeltelijke) kostenvergoeding sprake kan zijn van een overheidsopdracht. In het kader van de vraag of vrijwilligersorganisaties en burgerinitiatieven onder het aanbestedingsrecht vallen, volgt uit deze zaak dat het niet relevant is dat zij slechts een kostenvergoeding krijgen; iets wat in de praktijk dus wel wordt gedacht. Daarover in paragraaf 8.3.1.3 meer.

#### 8.3.1.2 *Ontbreken winstoogmerk en nastreven van sociaal doel irrelevant*

Een belangrijk kenmerk van vrijwilligersorganisaties, burgerinitiatieven en soms ook van sociale ondernemingen is het ontbreken van een winstoogmerk en het (enkel) nastreven van een sociaal doel bij het verrichten van hun activiteiten.

Dit kenmerk, dat hen doorgaans onderscheidt van commerciële entiteiten, wordt vaak naar voren gebracht als het gaat om de vraag of deze entiteiten onder de aanbestedingsrichtlijn vallen, dan wel zouden moeten vallen. Uit deze kenmerken zou namelijk blijken dat zij een geheel andere positie innemen en niet op een markt opereren zoals commerciële entiteiten.

Hiervoor kwam reeds in het kader van een openbaar lichaam naar voren dat het voor de toepasselijkheid van de aanbestedingsrichtlijnen niet uitmaakt of sprake is van een entiteit die niet hoofdzakelijk winst nastreeft. Nog veel duidelijker heeft het HvJ EU in een aantal arresten uitgelegd, specifiek voor vrijwilligersorganisaties en liefdadigheidsinstellingen, dat het ontbreken van een winstoogmerk en het daarentegen nastreven van (enkel) een sociaal doel niet relevant is voor de toepasselijkheid van de aanbestedingsrichtlijnen: ook entiteiten met dergelijke kenmerken vallen daaronder.

Dit komt allereerst naar voren in het arrest *Commissie/Italië* uit 2007; het arrest dat hiervoor reeds werd genoemd omdat in deze zaak de vraag wie ondernemers zijn in het aanbestedingsrecht voor het eerst wordt gelinkt aan het begrip onderneming uit het mededingingsrecht.<sup>1363</sup> Ook deze zaak betreft de situatie dat sprake is van een voorkeursbehandeling van bijzondere entiteiten. Wat deze zaak interessant maakt voor het organiseren van sociale diensten, is dat het hier gaat om een overheidsopdracht die rechtstreeks zonder aanbestedingsprocedure wordt gegund aan vrijwilligersorganisaties.

In deze zaak staat een raamovereenkomst voor medische transportdiensten, centraal. Deze opdracht was door de regio Toscane direct, zonder voorafgaande aanbesteding,

1363. HvJ EG 29 november 2007, C-119/06, ECLI:EU:C:2007:729 (*Commissie/Italië*); zie over dit arrest ook: Manunza & Meershoek, PPLR 2020.

dingsprocedure, gegund aan bepaalde non-profit organisaties die opereerden op basis van vrijwilligerswerk. In deze inbreukprocedure van de Europese Commissie betoogt de Republiek Italië onder meer dat geen sprake is van een overheidsopdracht in de zin van de aanbestedingsrichtlijn, nu de organisaties waaraan deze opdracht wordt gegund geen commerciële entiteiten zijn. Zij opereren namelijk buiten de markt en buiten de concurrentiesfeer.<sup>1364</sup> Benadrukt wordt dat de betrokken verenigingen die verantwoordelijk zijn voor medisch vervoer, vrijwilligersorganisaties zijn die een belangrijke rol spelen op het gebied van solidariteit en cohesie in de Italiaanse samenleving. Zij maken geen winst en alle betalingen die zij ontvangen voor de diensten die zij verlenen, zijn beperkt tot vergoeding van de kosten die daadwerkelijk zijn gemaakt om de betrokken activiteit uit te voeren.<sup>1365</sup>

Er worden in deze zaak dus vergelijkbare argumenten aangevoerd als hiervoor zijn vermeld op basis waarvan in Nederland wel wordt gedacht dat vrijwilligersorganisaties of burgerinitiatieven niet onder de aanbestedingsrichtlijn vallen. Het HvJ EU oordeelt echter in deze zaak dat dit betoog niet kan worden aanvaard en verwijst daarbij naar het mededingingsrecht.<sup>1366</sup> Volgens het HvJ EU, ‘zonder het sociale belang van vrijwilligersactiviteiten te ontkennen, sluit het ontbreken van winst namelijk niet uit dat dergelijke verenigingen een economische activiteit uitoefenen en ondernemingen vormen in de zin van de bepalingen van het Verdrag met betrekking tot het mededingingsrecht’.<sup>1367</sup> Sterker nog, volgens het Hof kunnen zij een economische activiteit uitoefenen in concurrentie met andere marktdeelnemers.<sup>1368</sup> Het Hof merkt daarbij op dat deze organisaties niet worden belet mee te doen met aanbestedingsprocedures, maar integendeel, dat zij vanwege het opereren op vrijwillige basis juist biedingen kunnen doen met aanzienlijk lagere prijzen dan die van andere inschrijvers.<sup>1369</sup> Het Hof concludeert in deze zaak dan ook dat het ontbreken van een winsttoegmerk niet betekent dat de raamovereenkomst in deze zaak is uitgesloten van de aanbestedingsrichtlijn.<sup>1370</sup>

Daarnaast gaat het Hof, in reactie op het betoog van de Italiaanse Republiek in op het feit dat hier slechts een vergoeding werd betaald voor de kosten en dat dit dus geen betaling is voor geleverde diensten. In dat verband lijkt in dit arrest, anders dan de in hoofdstuk 3 besproken zaken van het HvJ EU, wat betreft de tegenprestatie voor een overheidsopdracht, nog te worden gezien of sprake is van meer dan een kostenvergoeding.<sup>1371</sup> In dit arrest concludeert het Hof namelijk dat in de specifieke omstandigheden van dit geval de voorziene betalingswijze verder gaat dan alleen de vergoeding van de gemaakte kosten.<sup>1372</sup> In latere jurisprudentie – *ASL Lecce, Piepenbrock, IBA Molecular* – heeft het HvJ EU echter duidelijk gemaakt

1364. *Commissie/Italië*, r.o. 27, 36.

1365. *Commissie/Italië*, r.o. 27.

1366. *Commissie/Italië*, r.o. 37-41.

1367. *Commissie/Italië*, r.o. 37 en 38; Het Hof verwijst o.a. naar HvJ EG 25 oktober 2001, C-475/99, ECLI:EU:C:2001:577 (*Ambulanz Glöckner*), r.o. 21-22; HvJ EG 2 september 2000, C-180/98 en C-184/98, ECLI:EU:C:2000:428 (*Pavlov e.a.*), r.o. 117.

1368. *Commissie/Italië*, r.o. 39.

1369. Zie ook: HvJ EG 7 december 2000, C-94/99, ECLI:EU:C:2000:677 (*ARGE*), r.o. 32, 38.

1370. *Commissie/Italië*, r.o. 41

1371. *Commissie/Italië*, r.o. 48. Zie voor de bespreking van deze arresten, par. 3.5.3.5.

1372. *Commissie/Italië*, r.o. 50.

dat ook bij een (gedeeltelijke) vergoeding van de kosten sprake kan zijn van een overheidsopdracht.<sup>1373</sup>

Uit deze zaak volgt dus dat het al dan niet hebben van een winstoogmerk en het nastreven van een sociaal doel, niet relevant is voor de vraag of sprake is van een overheidsopdracht en ook niet voor de vraag of bijvoorbeeld vrijwilligersorganisaties onder het begrip ondernemers kunnen vallen. Ook entiteiten zonder winstoogmerk kunnen namelijk volgens het Hof concurreren met andere marktdeelnemers. In die zin geldt dat wanneer een burgerinitiatief of een vrijwilligersorganisatie bijvoorbeeld dagbestedingsactiviteiten wil uitvoeren, het voor de vraag of zij ondernemer zijn in de zin van de aanbestedingsrichtlijnen niet uitmaakt dat zij geen winstoogmerk hebben.

Uit de beoordeling van het Hof, waarin het aansluit bij het mededingingsrecht, volgt ook dat in plaats van naar de aard van de ondernemer, de activiteit in kwestie moet worden gezien om te bepalen of sprake is van een ondernemer die onder de aanbestedingsrichtlijnen valt: is het een economische activiteit? In dat geval, en als aan de overige vereisten is voldaan van een overheidsopdracht, moet een aanbestedingsprocedure worden gevolgd, waarbij deze bijzondere entiteiten met commerciële ondernemingen kunnen meedingen naar de opdracht.

Het ontbreken van winstoogmerk als irrelevant kenmerk voor het ondernemersbegrip, komt ook naar voren in het arrest *SUCH* uit 2014.<sup>1374</sup> In deze zaak gaat het om de vraag of een opdracht rechtstreeks zonder aanbestedingsprocedure aan een liefdadigheidsinstelling mag worden gegund. In dit arrest gaat het namelijk om de vereniging *SUCH* die bestaat uit particuliere instellingen voor sociale solidariteit, waaronder veel liefdadigheidsinstellingen, die geen winstoogmerk hebben.<sup>1375</sup> Aan de orde in deze zaak is de overeenkomst die door een openbaar ziekenhuis met deze vereniging is gesloten, zonder dat een aanbestedingsprocedure is gevolgd, voor de levering van maaltijden aan de patiënten en het personeel van het ziekenhuis. Door de contracterende partijen werd namelijk gedacht dat er een inhouse-verhouding bestond tussen de *SUCH* en de daarbij aangesloten openbare ziekenhuizen, die ertoe strekte de noden van die aangesloten met interne middelen te lenigen.<sup>1376</sup> In dit arrest gaat het dan ook met name om de vraag of de verhouding tussen het openbaar ziekenhuis en de vereniging *SUCH* valt onder een van de uitzonderingen om te mogen inbesteden. In dat verband overweegt het Hof dan echter vooraf en onder verwijzing naar *CoNiSMa*, dat:

*“in herinnering moet worden geroepen dat het feit dat de geselecteerde entiteit een privaatrechtelijke vereniging is en geen winst nastreeft niet relevant is voor de toepassing van de Unierechtelijke regels inzake overheidsopdrachten en dus ook van de rechtspraak van het Hof inzake de uitzondering voor inhousetransacties”.*<sup>1377</sup>

1373. HvJ EU 19 december 2012, C-159/11, ECLI:EU:C:2012:817 (*ASL Lecce*); HvJ EU 13 juni 2013, C-386/11, ECLI:EU:C:2013:385 (*Piepenbrock*); HvJ EU 18 oktober 2018, C-606/17, ECLI:EU:C:2018:843 (*IBA Molecular Italy*); op deze arresten kom ik hierna nog kort terug.

1374. HvJ EU 19 juni 2014, C-574/12, ECLI:EU:C:2014:2004 (*SUCH*).

1375. *SUCH*, r.o. 16 e.v.

1376. *SUCH*, r.o. 16.

1377. *SUCH*, r.o. 33.

Hoewel het hier gaat om een inbestedingsvraag, bevestigt het HvJ EU hier dat het voor de toepassing van de aanbestedingsrichtlijnen niet relevant is dat de ondernemer geen winstoogmerk heeft. Daarbij wijst het er tevens op dat de rechtsvorm, hier een vereniging, er niet toe doet. Deze bijzondere status van *SUCH* sluit volgens het HvJ EU namelijk niet uit dat de betrokken geselecteerde entiteit een economische activiteit kan uitoefenen.<sup>1378</sup> Het gaat er volgens het Hof om, en het bevestigt daarin de conclusie uit het hiervoor besproken *Commissie/Italië*-arrest, dat zij economische activiteiten kunnen verrichten in vrije mededinging met andere marktdeelnemers. Net als in het mededingingsrecht moet de focus dus ook hier liggen op de activiteit, en niet op de kenmerken van de entiteit.

Het Hof oordeelt ook dat geen sprake is van een inbestedingsuitzondering.<sup>1379</sup> Tegen de achtergrond van het arrest *Stadt Halle*, en aangezien tussen *SUCH* en de aanbestedende dienst een nauwe band zou bestaan, waarbij *SUCH* deelneemt in het kapitaal van een onderneming waarin ook de aanbestedende dienst (het openbare ziekenhuis) een deelneming heeft, vraagt de verwijzende rechter zich namelijk af of het uitmaakt dat *SUCH* geen winstoogmerk heeft.<sup>1380</sup> In het arrest *Stadt Halle* was in het kader van de vraag of sprake is van een inbestedingsuitzondering namelijk van belang dat een particuliere entiteit een deelneming had in het kapitaal van de (andere) aanbestedende dienst; het feit dat die particuliere entiteiten zich lieten leiden door overwegingen die verband hielden met hun eigen particuliere belangen, in plaats van de door de aanbestedende dienst nagestreefde doelstellingen van algemeen belang, was dan ook een van de redenen dat geen sprake kon zijn van een inbestedingsuitzondering.<sup>1381</sup> Het voert te ver om daar uitvoerig bij stil te staan. Van belang is echter dat het Hof, onder verwijzing naar de conclusie van de A-G bij deze zaak, herhaalt wat het in dit arrest al eerder overwoog, dat het volgens het HvJ EU niet is uitgesloten dat de particuliere leden van de *SUCH*, ondanks het feit dat zij instellingen voor sociale solidariteit zijn die met hun activiteiten geen winst nastreven, economische activiteiten kunnen verrichten in vrije mededinging met andere marktdeelnemers.<sup>1382</sup> De rechtstreekse gunning van een opdracht aan de *SUCH* zou de particuliere leden van die vereniging dan ook een concurrentievoordeel kunnen verschaffen.

### 8.3.1.3 Enkel verkrijgen kostenvergoeding is irrelevant

Het *ASL Lecce*-arrest is ook van belang omdat het HvJ EU, anders dan in *Commissie/Italië* (2007), overweegt dat een overeenkomst niet buiten het begrip overheidsopdracht kan vallen op de enkele grond dat de vergoeding ervan beperkt blijft tot de terugbetaling van de kosten die zijn gemaakt om de overeengekomen dienst te verrichten.<sup>1383</sup> Dit is uitgebreid aan de orde gekomen in paragraaf 3.5.3.5 bij de bespreking

1378. *Idem*.

1379. *SUCH*, r.o. 26 e.v.

1380. *SUCH*, r.o. 26 en 34. HvJ EG 11 januari 2005, C-26/03, ECLI:EU:C:2005:5 (*Stadt Halle*).

1381. *SUCH*, r.o. 36. Zie *Stadt Halle*, r.o. 49 en 50.

1382. *SUCH*, r.o. 40; zie Conclusie A-G P. Mengozzi van 27 februari 2014 bij zaak C-574/12, ECLI:EU:C:2014:120, punt 37.

1383. *ASL Lecce*, r.o. 29.

van de overeenkomst onder bezwarende titel in het kader van de tegenprestatie, en zal hier dus slechts kort worden herhaald.

Dit is op deze plaats van belang om te vermelden. In de (Nederlandse) praktijk wordt namelijk wel gedacht dat bij een kostenvergoeding geen sprake is van een overheidsopdracht (maar van een subsidie). Juist bij vrijwilligersorganisaties en burgerinitiatieven zal doorgaans slechts sprake zijn van een (gedeeltelijke) kostenvergoeding; op grond van bovengenoemde opvatting heerst dan ook de gedachte dat in die gevallen geen sprake is van een overheidsopdracht.

In dat opzicht maakt dit arrest echter heel duidelijk – en zoals in latere jurisprudentie ook steeds is bevestigd – dat de reikwijdte van de definitie van de overheidsopdracht uit art. 2 lid 1 sub 5 Richtlijn 2014/24/EU ook een tegenprestatie omvat die slechts bestaat uit een (gedeeltelijke) kostenvergoeding.<sup>1384</sup> Het hoeft dus niet te gaan om een marktconforme vergoeding. Opdrachten kunnen dan ook niet vanwege het feit dat slechts sprake is van een (gedeeltelijke) kostenvergoeding, rechtstreeks worden gegund aan vrijwilligersorganisaties, burgerinitiatieven of bijvoorbeeld sociale ondernemingen.

Zo bleek ook in het arrest *IBA Molecular Italy* uit 2018 niet relevant dat als tegenprestatie voor het leveren van geneesmiddelen aan ziekenhuizen slechts in een gedeeltelijke kostenvergoeding (doelfinanciering) werd voorzien; deze opdracht viel onder het aanbestedingsrecht.<sup>1385</sup>

#### 8.3.1.4 *Rechtsvorm, zoals het zijn van een vereniging of stichting, is irrelevant*

Uit de arresten waarin het ondernemersbegrip werd uitgelegd in het kader van de deelneming van een openbaar lichaam, volgde reeds dat het niet uitmaakt of sprake is van een publieke of private entiteit: beide vallen daaronder en (i) zij kunnen dan ook beide meedoen met aanbestedingsprocedures en (ii) een opdracht kan niet aan die entiteiten om die reden (vanwege een bijzondere status) rechtstreeks, zonder aanbestedingsprocedure, worden gegund. Duidelijk wordt vooral in het arrest *SUCH* dat de rechtsvorm van een entiteit niet relevant is voor de vraag of sprake is van een ondernemer in de zin van de aanbestedingsrichtlijn. Zo was in die zaak bijvoorbeeld sprake van meerdere liefdadigheidsinstellingen verenigd in de vorm van een vereniging.<sup>1386</sup> Het maakt dan ook niet uit hoe een entiteit zich heeft georganiseerd: het aanbestedingsrecht is in beginsel van toepassing op alle natuurlijke of rechtspersonen met wie een overeenkomst onder bezwarende titel in de zin van art. 2 lid 1 sub 5 Richtlijn 2014/24/EU wordt gesloten.

Het feit dat vrijwilligersorganisaties of burgerinitiatieven opereren op basis van eigen titel, in een stichting of een vereniging, maakt dus niet uit voor de vraag of sprake is van een overheidsopdracht.

1384. Zie voor een uitgebreide bespreking van die arresten par. 3.5.3.5. Zie o.a.: HvJ EU 13 juni 2013, C-386/11, ECLI:EU:C:2013:385 (*Piepenbrock*); HvJ EU 18 oktober 2018, C-606/17, ECLI:EU:C:2018:843 (*IBA Molecular Italy*); HvJ EU 28 mei 2020, C-796/18, ECLI:EU:C:2020:395 (*Stadt Köln*).

1385. *Molecular Italy*, r.o. 29.

1386. *SUCH*, r.o. 33.

### 8.3.2 Relevante elementen voor ondernemersbegrip: 'economische activiteit'

In de hierboven besproken jurisprudentie lag steeds de nadruk op de irrelevante kenmerken van entiteiten voor het ondernemersbegrip, zoals: het zijn van een openbaar lichaam, het ontbreken van winstoogmerk, het slechts occasioneel actief zijn op de markt, de rechtsvorm van een entiteit of de hoogte van de vergoeding als tegenprestatie voor de contractuele verplichting. Het is in de jurisprudentie namelijk doorgaans de vraag van partijen of een entiteit met dergelijke kenmerken al dan niet is aan te merken als een ondernemer in de zin van de aanbestedingsrichtlijn. Met de gedachte dat entiteiten met dergelijke kenmerken geen ondernemer zouden zijn, maakt het HvJ EU in de jurisprudentie korte metten: dergelijke kenmerken die samenhangen met de aard van de inschrijver zijn niet relevant.

De vraag die zich hier aandient, is wat dan wel relevant is voor de vraag of sprake is van een ondernemer die onder het aanbestedingsrecht valt. Ook dit komt uit de jurisprudentie – hoewel wat meer indirect – naar voren. In essentie komt dit er namelijk op neer dat sprake is van een ondernemer in de zin van de aanbestedingsrichtlijnen, wanneer sprake is van een economische activiteit. Zo overweegt het HvJ EU in het hiervoor besproken *Commissie/Italië*-arrest dat het ontbreken van winstoogmerk niet uitsluit dat de verenigingen als bedoeld in dit arrest een economische activiteit uitoefenen en ondernemingen vormen in de zin van het Verdrag met betrekking tot het mededingingsrecht.<sup>1387</sup> Het Hof voegt hier vervolgens aan toe dat zij ook een economische activiteit (kunnen) uitoefenen in concurrentie met andere marktdeelnemers. Daarbij zij overigens wel opgemerkt dat overheden de vrijheid hebben om commerciële taken zelf uit te voeren (inbesteden); als zij de opdracht aan een andere entiteit, zoals een andere aanbestedende dienst willen gunnen, geldt echter dat ook hier in beginsel een aanbestedingsprocedure moet worden gevolgd (tenzij uiteraard sprake is van een inbestedingsuitzondering).

Zo ook in het *SUCH*-arrest. Hier brengt het HvJ EU in herinnering dat het feit dat het gaat om een privaatrechtelijke vereniging die geen winst nastreeft, niet uitsluit dat deze entiteit een economische activiteit kan uitoefenen.<sup>1388</sup> Even verder herhaalt het Hof dit door te overwegen dat het niet is uitgesloten dat de particuliere leden van de *SUCH*, ondanks het feit dat zij instellingen voor sociale solidariteit zijn die met hun activiteiten geen winst nastreven, economische activiteiten kunnen verrichten in vrije mededinging met andere marktdeelnemers.<sup>1389</sup>

De A-G bij deze zaak legt dit zo uit: 'voor zover niet is uitgesloten dat verenigingen zonder winstoogmerk, zoals de liefdadigheidsinstellingen die lid zijn van *SUCH*, in vrije mededinging met anderen een economische activiteit kunnen uitoefenen en aan aanbestedingen kunnen deelnemen, kan de rechtstreekse gunning van een overheidsopdracht (...), deze instellingen ook in dit geval, net als bij vennootschappen, bevoordelen tegenover hun concurrenten'.<sup>1390</sup>

1387. *Commissie/Italië*, r.o. 37 en 38; Het Hof verwijst o.a. naar HvJ EG 25 oktober 2001, C-475/99, ECLI:EU:C:2001:577 (*Ambulanz Glöckner*), r.o. 21-22; HvJ EG 2 september 2000, C-180/98 en C-184/98, ECLI:EU:C:2000:428 (*Pavlov e.a.*), r.o. 117.

1388. *SUCH*, r.o. 33.

1389. *SUCH*, r.o. 40.

1390. Zie conclusie A-G P. Mengozzi van 27 februari 2014 bij zaak C-574/12, ECLI:EU:C:2014:120, punt 37.

Daarmee moet dan ook voor het ondernemersbegrip in het aanbestedingsrecht worden aangesloten bij de definitie daarvan in het mededingings- en staatsteunrecht: is sprake van een economische activiteit? Het gaat er daarbij om, zoals reeds in hoofdstuk 2 (paragraaf 2.4 en 2.6.2) besproken, vast te stellen of concurrentie op een markt mogelijk is, met andere woorden: kan de activiteit (mogelijk) door een particuliere onderneming worden uitgeoefend met het oog op het maken van winst?

Zoals ook uit de besproken arresten volgt, is daarbij in veel gevallen sprake van het uitvoeren van economische activiteiten. Uit de genoemde paragrafen van hoofdstuk 2 volgt dat dit ook geldt bij het organiseren van sociale diensten in Nederland: deze diensten (kunnen) worden uitgevoerd in een concurrentiesituatie.<sup>1391</sup> In die gevallen mag dan ook aan vrijwilligersorganisaties, verenigingen zonder winstoogmerk of liefdadigheidsinstellingen – behoudens enkele strikte uitzonderingssituaties neergelegd in de aanbestedingsrichtlijn<sup>1392</sup> – geen voorrang worden gegeven op andere (commerciële) ondernemers die ook geïnteresseerd kunnen zijn in het uitvoeren van deze activiteit. Dit geldt ook voor contracten tussen openbare lichamen, aangezien ook die zijn aan te merken als ondernemer in de zin van het aanbestedingsrecht. Er is in dat opzicht alleen ruimte voor enkele (inbestedings)uitzonderingen.

Een restrictievere uitleg van het begrip ondernemer zou in strijd zijn met wat de aanbestedingsrichtlijn beogen: de openstelling van een eerlijke mededinging voor overheidsopdrachten in de lidstaten. Onderhandse gunning aan entiteiten die een bijzonder karakter hebben, druist (in beginsel) in tegen de beginselen van gelijke behandeling en transparantie. Er is volgens het HvJ EU dus in beginsel niets dat een bijzondere status van bepaalde entiteiten in dat opzicht kan rechtvaardigen.

Zoals in de volgende paragraaf zal blijken, is er onder de regels van het vrij verkeer echter toch ruimte voor een (*rule of reason*) uitzondering op deze strikte benadering van het begrip ondernemers; deze uitzondering geldt niet voor overheidsopdrachten die onder de aanbestedingsrichtlijn vallen, maar wel voor opdrachten die met een waarde onder de aanbestedingsdrempels uitkomen (zie paragraaf 2.6.1 over de drempelbedragen voor toepasselijkheid van de aanbestedingsrichtlijnen). Mogelijk spelen daarbij de ontwikkelingen op EU-niveau een rol, op grond waarvan er steeds meer rekening lijkt te worden gehouden met de nationale identiteit en de lokale autonomie van lidstaten en in het kader van de interne markt meer aandacht is voor sociale (beleids)overwegingen en bijvoorbeeld de sociale cohesie. Mede op basis daarvan zal ik in paragraaf 8.6 nog een stap verder gaan en ingaan op de vraag of het strikte ondernemersbegrip uit het aanbestedingsrecht nog wel aansluit bij deze ontwikkelingen en nieuwe doelstellingen. Ook zal nader aan de orde komen welke factoren voor een uitzondering voor bepaalde entiteiten pleiten en welke knelpunten dit echter kunnen bemoeilijken; mogelijk hebben die knelpunten ook (mede) tot deze huidige strikte interpretatie van het begrip ondernemers geleid.

1391. Zie par. 2.4 en 2.6.2. In laatstgenoemde zaak wordt ook ingegaan op een mogelijke uitzondering daarop.

1392. Deze uitzonderingen worden besproken in par. 8.5. Zo kunnen op grond van art. 20 en 77 Richtlijn 2014/24/EU, neergelegd in art. 2.82 en 2.82a Aw 2012 opdrachten in uitzonderingssituaties worden voorbehouden aan bepaalde entiteiten.

#### 8.4 EEN NIEUWE KOERS NA HET VERDRAG VAN LISSABON: RECHTSTREEKSE GUNNING VRIJWILLIGERSORGANISATIES TOCH MOGELIJK

Met de meer recente arresten *Spezzino* (2014) en *CASTA* (2016) van het HvJ EU, beide gewezen na de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon, lijkt als uitvloeisel van ontwikkelingen op hoger EU-niveau, een nieuwe koers te zijn ingezet onder de regels van het vrij verkeer ten aanzien van het strikte uitgangspunt dat er geen ruimte is voor een voorkeursbehandeling van bepaalde entiteiten.<sup>1393</sup> In deze arresten – die reeds kort aan de orde zijn geweest in hoofdstuk 2, paragraaf 2.5.3 en die in deze paragraaf worden besproken in het kader van het ondernemersbegrip – is namelijk de bredere Europese ontwikkeling terug te zien, waarbij – onder het vrij verkeer – meer ruimte is voor bepaalde nationale kernwaarden en behoeften, bijvoorbeeld met betrekking tot de inrichting van het nationale socialezekerheidsstelsel (inclusief de organisatie van sociale dienstverlening) en waarbij rekening wordt gehouden met de constitutionele identiteit en de daarmee samenhangende keuzes van de lidstaten.<sup>1394</sup>

Deze ontwikkeling is in het EU-Verdrag bijvoorbeeld terug te zien in de verschuiving van de interne markt doelstelling naar een sociale markteconomie in art. 3 lid 3 VEU en de verankering van het beginsel van lokaal en regionaal zelfbestuur in art. 4 lid 2 VEU; dit is in hoofdstuk 2 reeds besproken.

Daarbij is echter van belang dat deze ruimte ten aanzien van de rechtstreekse gunning aan vrijwilligersorganisaties in de aanbestedingsrichtlijnen (nog) niet blijkt te zijn geïncorporeerd. Dit doet dan ook, zoals hierna uit de bespreking van de arresten *Spezzino* en *CASTA* zal volgen, vragen rijzen naar de coherentie en consistentie van het huidige juridisch kader op EU-niveau wat betreft de beoordelingsmarge voor lidstaten om hun sociale zekerheidsstelsel passend in te kunnen richten.

##### 8.4.1 Rechtstreekse gunning aan vrijwilligersorganisaties onder de vrijverkeersregels mogelijk op basis van objectieve rechtvaardigingsgrond

De arresten *Spezzino* en *CASTA* spelen beide in Italië en zijn vergelijkbaar wat de situatie betreft. In beide arresten is een raamovereenkomst voor medische spoeden noodvervoersdiensten gesloten; enige verschil is dat het geschil in het *CASTA*-arrest specifiek is gericht op het vervoer voor dialysepatiënten. Bij deze raamovereenkomsten is verder in beide gevallen rechtstreeks (met voorrang van andere entiteiten in geval van *Spezzino*) en zonder enige vorm van bekendmaking een opdracht gegund aan vrijwilligersorganisaties, waaronder – in de zaak *Spezzino* – ook aan het Italiaanse Rode Kruis.<sup>1395</sup> In ruil voor het verrichten van die diensten

1393. HvJ EU 11 december 2014, C-113/13, ECLI:EU:C:2014:2440 (*Spezzino*); HvJ EU 28 januari 2016, C-50/14, ECLI:EU:C:2016:56 (*CASTA*). Zie over deze arresten ook: Manunza & Meershoek, *PPLR* 2020; Brown, *PPLR* 2016, p. 72-76; Caranta, *EPPL* 2016.

1394. Als een ander voorbeeld voor een dergelijke ontwikkeling in het staatssteunrecht kan in dat verband bijv. worden genoemd: HvJ EU 11 juni 2020, gevoegde zaken C-262/18 P en C-271/18 P, ECLI:EU:C:2020:450 (*Commissie/Dövera*). In dit arrest werd een verplicht ziektekostenverzekeringstelsel als een niet-economische activiteit aangemerkt.

1395. *Spezzino*, r.o. 32; *CASTA*, r.o. 51.



krijgen de vrijwilligersorganisaties slechts de kosten vergoed die zij bij het leveren van de diensten daadwerkelijk hebben gemaakt.

Interessant is daarbij dat het in *Spezzino* sociale ondernemingen zijn, ondernemers die dus ook als bijzondere entiteiten kunnen worden aangemerkt, die tegen de rechtstreekse gunning aan een vrijwilligersorganisatie een klacht bij de rechter indienen. Dit laat zien dat ook dergelijke entiteiten met elkaar kunnen concurreren.<sup>1396</sup> In *CASTA* komen entiteiten die actief zijn in de sectoren taxivervoer en autoverhuur met chauffeur op tegen deze rechtstreekse gunning. Aangezien het oordeel van het Hof in deze arresten op de hoofdlijn vrijwel identiek is, worden de arresten hieronder samen besproken.

Zoals in paragraaf 2.5.3 reeds kort is besproken, staat in beide arresten de vraag centraal of de nationale Italiaanse regeling, waarop deze rechtstreekse gunning aan vrijwilligersorganisaties is gebaseerd, in overeenstemming is met het Unierecht. Het HvJ EU komt dan tot de conclusie dat het antwoord op deze vraag verschilt, afhankelijk van het feit of de aanbestedingsrichtlijn van toepassing is. De aanbestedingsrichtlijn – het gaat hier om Richtlijn 2004/18/EG – verzet zich volgens het Hof namelijk tegen een dergelijke rechtstreekse gunning.<sup>1397</sup> Het Hof volgt hierin de lijn die in de hiervoor reeds besproken jurisprudentie naar voren is gekomen, namelijk dat het begrip ‘ondernemer’ uit de aanbestedingsrichtlijnen een ruim begrip vormt waaronder ook vrijwilligersorganisaties vallen. Het Hof herhaalt uit het *Commissie/Italië*-arrest dat het niet uitmaakt dat het gaat om entiteiten die geen winstoogmerk hebben en verwijst naar *ASL Lecce* als het overweegt dat het niet van belang is dat genoemde raamovereenkomst en de eruit voortvloeiende bijzondere overeenkomsten niet voorzien in andere betalingen aan de vrijwilligersorganisaties dan in de terugbetaling van de kosten.<sup>1398</sup> Het HvJ EU bevestigt dan ook in deze arresten dat ook vrijwilligersorganisaties en organisaties als het Rode Kruis onder het begrip ondernemer van de aanbestedingsrichtlijn vallen, dat het daarbij niet uitmaakt dat zij geen winstoogmerk hebben of dat er alleen sprake is van een vergoeding van de kosten.

A-G Wahl gaat in zijn conclusie bij *Spezzino* dieper in op dit aspect en benadrukt op grond van de jurisprudentie van het HvJ EU – o.a. *Commissie/Italië*, *CoNISMa*, *ASL Lecce* en *Höfner* – dat het begrip ondernemer zeer ruim is en dat hieronder alle instellingen vallen die op de markt goederen of diensten aanbieden. Of een bepaalde instelling als een ondernemer moet worden aangemerkt, hangt daarbij niet af van wat die instelling is (bijvoorbeeld haar interne samenstelling, structuur of werking), maar van wat die instelling doet (het soort activiteiten dat zij verricht).<sup>1399</sup> Hij herhaalt dus in feite wat in de voorgaande paragrafen is besproken en wijst erop dat het niet gaat om de aard van de inschrijver, maar de activiteit: is die economisch of niet. Het HvJ EU oordeelt in zowel *Spezzino* als *CASTA* dan ook dat op grond van

1396. Zie ook de Conclusie A-G Wahl bij *Spezzino*, van 30 april 2014, C-113/13, ECLI:EU:C:2014:291 punt 59. Zie: Manunza & Meershoek, PPLR 2020.

1397. *Spezzino*, r.o. 44; *CASTA*, r.o. 53-54.

1398. *Spezzino*, r.o. 36 en 37. Zie ook *CASTA*, r.o. 52.

1399. Conclusie A-G N. Wahl bij *Spezzino* van 30 april 2014, C-113/13, ECLI:EU:C:2014:291, punt 24 e.v.

Richtlijn 2004/18, deze vrijwilligersorganisaties geen voorkeursbehandeling kunnen krijgen.<sup>1400</sup>

Wanneer de aanbestedingsrichtlijn echter niet van toepassing is – namelijk als blijkt dat de waarde van de opdracht onder de drempelwaarde voor toepasselijkheid van de aanbestedingsrichtlijnen uitkomt of sprake is van een dienst die niet onder de volledige werking van de aanbestedingsrichtlijn valt<sup>1401</sup> – luidt het antwoord op de vraag of de nationale regeling in overeenstemming is met het Unierecht, volgens het Hof anders. In dat geval moet de situatie namelijk worden getoetst aan het vrij verkeer, in het bijzonder de artikelen 49 VWEU en 56 VWEU en de daaruit voortvloeiende beginselen van transparantie en gelijke behandeling. Interessant is dat het Hof in deze situatie – op grond van de *rule of reason* – omstandigheden ziet die een objectieve rechtvaardiging voor deze rechtstreekse gunning aan vrijwilligersorganisaties (wat een belemmering van het vrij verkeer is) kunnen vormen.<sup>1402</sup>

Van belang blijken twee elementen. Allereerst is in deze arresten sprake van een regeling voor het organiseren van een activiteit van algemeen belang, de organisatie van medische vervoersdiensten, die wordt beheerd door de beginselen van universaliteit, solidariteit, kostenefficiëntie en geschiktheid. Deze rechtstreekse gunning aan vrijwilligersorganisaties beoogt namelijk te verzekeren dat bij het verstrekken van die dienst van algemeen belang de begroting in evenwicht is. De nationale regeling ziet dus toe op de betaalbaarheid van het stelsel van medische vervoersdiensten; een stelsel dat uitgaat van universaliteit en solidariteit en waarbij vrijwilligersorganisaties in deze diensten voorzien uitsluitend tegen vergoeding van de daadwerkelijk gemaakte kosten.

Ten tweede, en dat wordt vooral expliciet gemaakt in *Spezzino*, is dat in Italië het beginsel van vrijwilligerswerk in de Grondwet is opgenomen en in diverse regelingen nader is uitgewerkt. In art. 118 van de Italiaanse Grondwet is namelijk neergelegd dat burgers, individueel of in vereniging, deelnemen aan activiteiten van algemeen belang met steun van de overheid volgens het subsidiariteitsbeginsel.<sup>1403</sup> De rol van vrijwilligers is vervolgens verder geregeld in bijzondere wetgeving, bijvoorbeeld voor de gezondheidszorg, waarin het belang en de functie van vrijwilligerswerk voor het functioneren van het stelsel wordt benadrukt.<sup>1404</sup> Zo is in *legge nr. 266 – Legge-quadro sul volontariato* (kaderwet inzake vrijwilligerswerk) het beginsel van vrijwilligerswerk als volgt omschreven: ‘De Italiaanse Republiek erkent de maatschappelijke waarde en de rol van vrijwilligerswerk als uiting van solidariteit en pluralisme, moedigt de ontwikkeling ervan aan met behoud van de autonomie en zorgt ervoor dat zij een originele, positieve bijdrage kunnen leveren aan de verwezenlijking van de sociale, burgerlijke en culturele doeleinden die zijn bepaald door de Staat, de regio’s, de autonome provincies van Trento en Bolzano en de lokale overheden’. Er zij hier opgemerkt dat in Italië dus ook wordt onderkend dat

1400. *Spezzino*, r.o. 44; *CASTA*, r.o. 54.

1401. In deze zaken is o.a. niet duidelijk welke categorie diensten in hoofdzaak worden verricht: medische diensten of vervoersdiensten, daardoor kan de rechter niet vaststellen of de opdracht onder of boven de Europese drempel valt.

1402. *Spezzino*, r.o. 53 e.v.; *CASTA*, r.o. 57 e.v.

1403. *Spezzino*, r.o. 9.

1404. Zie *Spezzino*, r.o. 9 e.v. *CASTA*, r.o. 9 e.v.

vrijwilligers een originele en positieve bijdrage kunnen leveren aan de beschikbare diensten.

Daarnaast zijn er diverse regels en waarborgen in de Italiaanse wetgeving opgenomen, bijvoorbeeld wat betreft het vrijwillige karakter van het vrijwilligerswerk en de continuïteit van de diensten. Vrijwilligerswerk is dus iets dat in Italië zo van belang wordt geacht dat het deel uitmaakt van de nationale constitutionele identiteit.

Dergelijke doelstellingen – dat wil zeggen: het inrichten van een stelsel waarbij een beroep wordt gedaan op vrijwilligersorganisaties om ervoor te zorgen dat een dienst van algemeen belang dat universeel wordt aangeboden en uitgaat van de solidariteitsgedachte, betaalbaar blijft, waarbij de belangrijke rol van vrijwilligerswerk als beginsel daarnaast duidelijk onderdeel uitmaakt van de nationale constitutionele identiteit – worden volgens het HvJ EU door het Unierecht in aanmerking genomen.<sup>1405</sup> Onder verwijzing naar eerdere jurisprudentie wijst het Hof er namelijk op dat de lidstaten, ‘die over een beoordelingsmarge beschikken’, moeten beslissen op welk niveau zij de bescherming van de volksgezondheid wensen te verzekeren en hoe dit dient te gebeuren, en dat zij in dat kader een beoordelingsmarge hebben om hun stelsel van sociale zekerheid passend in te richten.<sup>1406</sup> Op grond daarvan geldt volgens het Hof dat ‘maatregelen die enerzijds in het algemeen beogen dat op het grondgebied van de betrokken lidstaat een toereikende en permanente toegang tot een evenwichtig aanbod van kwaliteitszorg wordt geboden, en anderzijds berusten op het streven, de kosten te beheersen en verspilling van financiële en technische middelen en personeel zo veel mogelijk te vermijden’, kunnen worden aangemerkt als dwingende redenen van algemeen belang op grond waarvan een belemmering van het vrij verkeer kan worden gerechtvaardigd.<sup>1407</sup>

In het kader van de *rule-of-reason*-exceptie moet vervolgens ook aan de proportionaliteitstoets worden voldaan: de maatregel moet geschikt en proportioneel zijn om dat doel te bereiken. In deze zaken geldt dat de nationale regeling daadwerkelijk moet bijdragen aan de sociale doelstelling en de aan dat stelsel ten grondslag liggende doelstellingen van solidariteit en kostenefficiëntie moet nastreven.<sup>1408</sup> Van belang is onder meer dat de vrijwilligersorganisaties geen andere doelstellingen mogen nastreven, zij geen winst mogen halen uit hun dienstverlening en hun leden geen winst mogen verschaffen en dat geen misbruik wordt gemaakt van de regeling.<sup>1409</sup>

In dat kader is relevant dat in de Italiaanse wetgeving vrijwilligerswerk ook is gedefinieerd, en wel als iedere activiteit ‘die persoonlijk, spontaan en gratis, via de organisatie waarvan de vrijwilliger deel uitmaakt, zonder winstoogmerk, zelfs niet

1405. Idem.

1406. O.a.: HvJ EG 17 juni 1997, C 70/95, ECLI:EU:C:1997:301 (*Sodemare*); HvJ EG 19 april 2007, C-444/05, ECLI:EU:C:2007:231 (*Stamatelaki*); HvJ EG 11 september 2008, C 141/07, ECLI:EU:C:2008:492 (*Commissie/Duitsland*); HvJ EU 1 juni 2010, gevoegde zaken C-570/07 en C-571/07, ECLI:EU:C:2010:300 (*Blanco Pérez en Gómez*).

1407. *Spezzino*, r.o. 57; *CASTA*, r.o. 61.

1408. *Spezzino*, r.o. 60 e.v.

1409. *Spezzino*, r.o. 61 en 62.

indirect, en uitsluitend uit solidariteit wordt verricht'.<sup>1410</sup> Dat vrijwilligerswerk geen winstoogmerk heeft, betekent op grond van die wet concreet dat de vrijwilliger op geen enkele manier mag worden beloond en dat de organisatie waarvan hij lid is hem alleen de daadwerkelijk door hem voor de verrichte prestatie gemaakte kosten mag vergoeden binnen de door die organisatie gestelde grenzen.

In het *CASTA*-arrest oordeelt het HvJ EU tevens dat het op grond van het EU-recht niet nodig is dat biedingen van vrijwilligersorganisaties vervolgens met elkaar worden vergeleken.<sup>1411</sup> Aangezien er geen bekendmakingsverplichting geldt, verlangt het Unierecht volgens het HvJ EU namelijk ook niet dat overheidsinstanties die onder die voorwaarden een beroep doen op vrijwilligersorganisaties, die organisaties onderling vergelijken.<sup>1412</sup> Hier kan tegenin worden gebracht dat in het kader van de proportionaliteitstoets wel degelijk in een mechanisme zou moeten worden voorzien om de verschillende bijzondere entiteiten die geïnteresseerd zijn in de opdracht met elkaar te vergelijken.<sup>1413</sup> Op grond van het proportionaliteitsbeginsel in enge zin mag een belemmering van het vrij verkeer immers niet verder gaan dan noodzakelijk. In die zin kan worden betoogd dat aangezien juist om redenen van kostenefficiëntie en het in evenwicht houden van de begroting, rechtstreeks aan vrijwilligersorganisaties werd gegund, het juist in het belang daarvan zou zijn als een dergelijke onderlinge vergelijking wel plaatsvindt. Dit zou daarbij het risico van inefficiënte of onbillijke kosten verkleinen. Tegelijk geldt dat dit mogelijk ook voldoende kan worden gewaarborgd door in een verantwoordingsmechanisme te voorzien op basis waarvan enkel de daadwerkelijk gemaakte en noodzakelijke kosten kunnen worden vergoed.

Uit de arresten *Spezzino* en *CASTA* volgt dan ook dat voor een stelsel waarbij de rol van vrijwilligers sterk verankerd is in de nationale structuur en wetgeving (i) en in een specifieke regeling is voorzien voor het uitvoeren van medische vervoersdiensten die is gebaseerd op de beginselen van universaliteit, solidariteit, kostenefficiëntie en geschiktheid, op grond waarvan een beroep wordt gedaan op organisaties die zijn opgericht om het algemeen belang te dienen, zodat de begroting niet uit evenwicht raakt (ii), in het kader van de *rule of reason* voldoende redenen kunnen worden gevonden om een belemmering van het vrij verkeer te rechtvaardigen. Op grond daarvan kunnen die opdrachten dus rechtstreeks, zonder bekendmaking, aan vrijwilligersorganisaties worden gegund.

Een interessante vraag die zich hier aandient, is of ook in Nederland, voor zover de opdracht niet onder de aanbestedingsrichtlijn valt, sprake kan zijn van een dergelijke rechtvaardigingsgrond op grond waarvan bijvoorbeeld sociale diensten rechtstreeks aan vrijwilligersorganisaties – maar denk ook aan burgerinitiatieven – kunnen worden gegund. Ook in Nederland spelen vrijwilligersorganisaties immers van oudsher een belangrijke rol, met name in het sociaal domein.<sup>1414</sup> Daarnaast

1410. Art. 2 legge nr. 266 – *Legge-quadro sul volontariato* (kaderwet inzake vrijwilligerswerk); zie *Spezzino*, r.o. 12.

1411. *CASTA*, r.o. 68-72.

1412. *CASTA*, r.o. 70.

1413. Zie ook: Brown, *PPLR* 2016; Caranta, *EPPL* 2016, p. 19.

1414. Zie daarover hoofdstuk 2, par. 2.2.

zijn er duidelijk ontwikkelingen om in het kader van het 'right to challenge' de rol van burgerinitiatieven sterker in wetgeving te verankeren.<sup>1415</sup> Vooralsnog bestaat in Nederland echter geen wetgeving die de uitvoering van (bepaalde) sociale diensten opdraagt aan vrijwilligersorganisaties. In die zin ziet het ernaar uit dat deze rechtvaardigingsgrond in Nederland niet opgaat. Wel kan de vraag worden gesteld of in een dergelijk stelsel kan worden voorzien, bijvoorbeeld gezien de wens om sociale diensten voor huidige en toekomstige generaties universeel beschikbaar te houden én de noodzaak om deze in dat verband betaalbaar te houden. Wat daarvoor echter precies nodig is, daarover in paragraaf 8.4.3 meer.

Daarbij zij ten slotte opgemerkt dat de zaken *Spezzino* en *CASTA* een duidelijke gelijkenis vertonen met het hiervoor besproken arrest *Commissie/Italië* uit 2007; het arrest waarin het Hof benadrukte dat ook vrijwilligersorganisaties als ondernemer in de zin van de aanbestedingsrichtlijn zijn aan te merken, omdat ze met commerciële ondernemers concurreren.<sup>1416</sup> Ook in dit arrest gaat het om het organiseren van medische vervoersdiensten waarbij overeenkomsten rechtstreeks worden gegund aan vrijwilligersorganisaties. Daarnaast speelt ook dit arrest in Italië, waar vrijwilligerswerk als beginsel onderdeel vormt van de constitutionele identiteit. Opvallend is dan ook dat de uitkomst van dat arrest verschilt met die in de arresten *Spezzino* en *CASTA*. Deels kan dat te maken hebben met het feit dat het HvJ EU in *Commissie/Italië* slechts aan de aanbestedingsrichtlijn toetst, deels kan echter de rechtvaardigingsgrond die in *Spezzino* en *CASTA* voor rechtstreekse gunning wordt gevonden ook worden gezien als een nieuw ingezette koers passend onder het huidige EU-Verdrag.

#### 8.4.2 Reikwijdte ondernemersbegrip aanbestedingsrichtlijnen in spanning met EU-kernwaarden?

De zaken *Spezzino* en *CASTA* laten dus een nieuwe koers zien in de tot dan toe strikte jurisprudentie van het HvJ EU waarin geen uitzonderingen voor bijvoorbeeld vrijwilligersorganisaties mogelijk leken te zijn. Hoewel het Hof onder de aanbestedingsrichtlijn ook in deze arresten oordeelt dat een rechtstreekse gunning zonder voorafgaande bekendmaking in strijd is met de aanbestedingsrichtlijn, ziet het dus wel ruimte voor een rechtvaardiging van een belemmering van het vrij verkeer om in het kader van het nationale stelsel de directe gunning van bepaalde opdrachten aan vrijwilligersorganisaties toe te staan.

Opvallend is dat de A-G bij de zaak *Spezzino* op basis van de in paragraaf 8.3 besproken rechtspraak van het HvJ EU en ondanks het arrest *Sodemare*, tot een tegengestelde conclusie kwam.<sup>1417</sup> De A-G voert in essentie aan dat de Italiaanse regeling in *Spezzino* niet (significant) bijdraagt aan het bewerkstelligen van het beoogde doel, namelijk het waarborgen dat medische diensten die namens de overheid aan alle

1415. Meer daarover in par. 8.4.3. Zie bijv. art. 2.6.7 Wmo. Verder is er een 'Wet versterking participatie decentraal niveau' in de maak, waarin het *Right to Challenge* geregeld en verankerd moet gaan worden. Ook zijn er plannen om sociale ondernemingen juridisch meer erkenning te geven door het introduceren van de BVm (de maatschappelijke BV): *Kamerstukken II* 2019/20, 32637, nr. 426.

1416. HvJ EG 29 november 2007, C-119/06, ECLI:EU:C:2007:729 (*Commissie/Italië*).

1417. Conclusie A-G N. Wahl bij *Spezzino* van 30 april 2014, C-113/13, ECLI:EU:C:2014:291.

burgers worden verleend, betrouwbaar en van goede kwaliteit zijn, en die tegelijkertijd de kosten voor de schatkist minimaliseren.<sup>1418</sup> Met name merkt de A-G in dat opzicht op dat het ontbreken van enige vorm van openbare aanbesteding of voorafgaande bekendmaking, doorgaans juist nadelige gevolgen zal hebben voor de overheidsfinanciën.<sup>1419</sup> Het openstellen van de gunningsprocedure voor andere potentiële aanbieders zorgt er namelijk in veel gevallen voor dat aanbestedende diensten meer aanbiedingen krijgen en zij dus een ruimere keuze heeft om de beste opdrachtnemer te selecteren, in termen van zowel kwaliteit als prijs. Dit stimuleert in beginsel de in de opdracht geïnteresseerde ondernemers om goedkoper en efficiënter te zijn en zal ook bijzondere entiteiten aanmoedigen om nog 'kostenbewuster' te zijn, en de publieke gelden doeltreffend te gebruiken.<sup>1420</sup> Op basis hiervan ziet de A-G dan ook zowel onder Richtlijn 2004/18 als onder de uitzondering van het vrij verkeer geen ruimte voor een regeling als bedoeld in *Spezzino*. Daarnaast ziet de A-G veel mogelijkheden *binnen* het aanbestedingsrecht om meer kansen te creëren voor dergelijke entiteiten en aandacht te geven aan sociale doelstellingen.<sup>1421</sup> In die zin biedt het aanbestedingsrecht volgens de A-G al voldoende instrumentarium om de rol van bijzondere entiteiten te benutten.

Hoewel dit terechte opmerkingen zijn van de A-G, immers de publieke middelen moeten efficiënt en doeltreffend worden gebruikt, gaan deze opmerkingen echter voorbij aan een aantal belangrijke zaken. Allereerst geldt dat deze visie geen rekening houdt met enkele ontwikkelingen op EU-niveau. Ingegeven door allerlei maatschappelijke vraagstukken wordt het werk van entiteiten zoals vrijwilligersorganisaties, burgerinitiatieven en ook sociale ondernemingen op zowel nationaal als Europees niveau steeds meer erkend en gewaardeerd. Erkend wordt onder meer dat juist deze entiteiten bijdragen aan de sociale cohesie in de lidstaten, dat zij – in veel gevallen op basis van vrijwilligheid en spontaniteit – nuttig werk doen passend bij de solidariteitsgedachte en daarbij in bepaalde gevallen met (betere) maatwerkoplossingen komen, omdat zij dicht bij de burger opereren.

Daarnaast is van belang dat in de praktijk blijkt dat hun maatschappelijke doelstelling en hun organisatiewijze vaak 'botst' met het karakter van openbare aanbestedingen, omdat dergelijke entiteiten bijvoorbeeld onvoldoende kennis, middelen of zelfs interesse hebben om daaraan mee te doen. Zo willen burgerinitiatieven of vrijwilligers vaak slechts op vrijwillige basis hun verantwoordelijkheid nemen en een taak voor de samenleving uitvoeren. Zij haken dan ook af als zij op grond van het aanbestedingsrecht vervolgens moeten concurreren met andere geïnteresseerden omdat sprake zou zijn van een overheidsopdracht; dit terwijl zij enkel een vergoeding voor hun diensten wensen te verkrijgen.

Het HvJ EU slaat mijn inziens dan ook een goede weg in, mogelijk gevoed door deze ontwikkelingen, om ruimte te vinden in de *rule-of-reason*-exceptie voor het toelaten van een rechtstreekse gunning aan vrijwilligersorganisaties, mits dit wordt gerechtvaardigd door de vormgeving van het nationale stelsel. Hier lijkt dan ook een nieuwe koers te zijn ingezet door het HvJ EU die past bij de ontwikkelingen

1418. Conclusie A-G Wahl bij *Spezzino*, punt 54 e.v.

1419. Conclusie A-G Wahl bij *Spezzino*, punt 56.

1420. Conclusie A-G Wahl bij *Spezzino*, punt 58.

1421. Conclusie A-G Wahl bij *Spezzino*, punt 65 e.v.

die op EU-niveau plaatsvinden.<sup>1422</sup> Het gaat dan met name om de EU-ontwikkelingen die met het Verdrag van Lissabon in het primaire Unierecht zijn vastgelegd ten aanzien van (i) de eerbiediging van de constitutionele identiteit van de lidstaten (art. 4 lid 2 VEU) en daarmee samenhangend wordt ook de historisch gevormde identiteit en de keuzes van de lidstaten in verband met de vormgeving van hun stelsel van sociale zekerheid en sociale diensten erkend, zodat zij dat stelsel tot op zekere hoogte kunnen inrichten overeenkomstig de behoeften die op dat terrein spelen; (ii) het nastreven van solidariteit als belangrijke kernwaarde van de EU (art. 2 VEU) op grond waarvan aan solidariteitsoverwegingen groot belang wordt toegekend en (iii) de ontwikkeling van de interne markt doelstelling naar een Europese sociale markteconomie (art. 3 lid 3 VEU), op grond waarvan binnen de EU-interne marktregels duidelijk meer ruimte is gecreëerd voor sociale, maatschappelijke en duurzaamheidsoverwegingen.

Weliswaar geldt daarbij dat het aanbestedingsrecht instrumenten aanreikt om ervoor te zorgen dat ook vrijwilligersorganisaties of burgerinitiatieven mee kunnen doen met aanbestedingen (paragraaf 8.5). Dit neemt echter niet weg dat los daarvan de vraag kan worden gesteld of vrijwilligersorganisaties, maar bijvoorbeeld ook burgerinitiatieven of sociale ondernemingen, in alle gevallen onder het aanbestedingsrecht zouden moeten vallen, aangezien zij hun taken op basis van vrijwilligheid en spontaniteit willen uitvoeren.

Met de arresten *Spezzino* en *CASTA* is ook duidelijk geworden dat er een inconsistentie bestaat tussen primair en secundair EU-recht, die vragen doet rijzen naar de consistentie en coherentie van het juridisch kader. Op grond van de huidige stand van het recht kan namelijk een voorkeursbehandeling van vrijwilligersorganisaties die een belemmering van het vrij verkeer oplevert, gerechtvaardigd worden — dankzij de ‘*rule of reason*’-uitzondering — maar is dit onder de aanbestedingsrichtlijnen nog geen mogelijkheid; althans er is niet in een dergelijke (ruime) uitzondering voorzien.<sup>1423</sup> Dit terwijl de aanbestedingsrichtlijnen uit het vrij verkeer voortvloeien. In dat opzicht voldoet het EU-recht op dit punt dan ook niet aan de beginselen van coherentie en consistentie van EU-recht, zolang niet in een vergelijkbare uitzondering voor de aanbestedingsrichtlijnen is voorzien. Tenzij deze *rule-of-reason*-uitzondering alleen voor kleine(re) opdrachten beneden de aanbestedingsdrempel is bedoeld; daarvoor zie ik echter in de arresten *Spezzino* en *CASTA* geen aanknopingspunten. Inmiddels is met Richtlijn 2014/24/EU wel voorzien in een bepaling (art. 77) om bepaalde opdrachten voor sociale en andere specifieke diensten aan bepaalde entiteiten voor te behouden.<sup>1424</sup> Op grond daarvan kan worden gesteld dat bovengenoemde ontwikkelingen op EU-niveau ook inmiddels hun uitwerking hebben gekregen in het aanbestedingsrecht. Deze bepaling, die een aantal strikte vereisten kent, is echter duidelijk minder ruim (wat betreft soort diensten maar vooral wat

1422. Het HvJ EU gaat zelfs nog een stap verder in HvJ EU 14 juli 2022, C-436/20, ECLI:EU:C:2022:559 (*ASADE*), r.o. 75-102. Dit arrest verscheen vlak voordat dit boek werd gedrukt en kon niet meer uitgebreid worden opgenomen in dit proefschrift.

1423. Zie *Spezzino*, r.o. 44; *CASTA*, r.o. 53.

1424. Daarover meer in par. 8.5.1. Het gaat daarbij om gezondheids-, sociale en aanverwante diensten, bepaalde onderwijs- en opleidingsdiensten, bibliotheek-, archief-, museum- en andere culturele diensten, sportdiensten en diensten voor particuliere huishoudens.

betreft de duur en frequentie van de opdracht, zie meer: paragraaf 8.5.1) dan de rechtvaardigingsgrond in *Spezzino* en *CASTA*.

Bovendien zou het goed zijn, los van deze specifieke rechtvaardigingsgrond zoals die in de bovengenoemde arresten naar voren komt, dat wordt onderzocht of er in de aanbestedingsrichtlijnen in een bredere uitzondering of speciale behandeling kan worden voorzien voor vrijwilligersorganisaties, burgerinitiatieven en/of sociale ondernemingen. Dit met het oog op de bovengenoemde bredere ontwikkelingen in het primaire EU-recht, waarin de belangrijke rol die vrijwilligersorganisaties, burgerinitiatieven en sociale ondernemingen spelen bij het tot stand brengen van een sociale markteconomie, duidelijk wordt erkend; daarover in paragraaf 8.6 meer.

### 8.4.3 **Rechtstreekse gunning van sociale diensten aan vrijwilligersorganisaties en burgerinitiatieven in Nederland**

Zoals hiervoor reeds kort aangestipt is in Nederland van een *rule-of-reason*-uitzondering als bedoeld in *Spezzino* en *CASTA*, op grond waarvan bijvoorbeeld sociale diensten rechtstreeks aan vrijwilligersorganisaties of bijvoorbeeld burgerinitiatieven kunnen worden gegund, (nog) geen sprake. Weliswaar spelen vrijwilligersorganisaties van oudsher in Nederland een belangrijke rol in het sociaal domein.<sup>1425</sup> Daarnaast zijn er ontwikkelingen om in het kader van het ‘*right to challenge*’ de rol van burgerinitiatieven sterker in wetgeving te verankeren.<sup>1426</sup> Duidelijk is echter dat er vooralsnog in Nederland geen wetgeving bestaat die de uitvoering van (bepaalde) sociale diensten opdraagt aan vrijwilligersorganisaties om de begroting in evenwicht te houden. In die zin ziet het ernaar uit dat deze rechtvaardigingsgrond in Nederland niet opgaat. Tegelijk kan echter de vraag worden gesteld of in een dergelijk stelsel kan worden voorzien, bijvoorbeeld gezien de wens om sociale diensten voor huidige en toekomstige generaties universeel beschikbaar te houden én de noodzaak om deze in dat verband betaalbaar te houden.

Voor een dergelijk stelsel zijn op grond van *Spezzino* en *CASTA* twee aspecten van belang: (1) de rol van vrijwilligersorganisaties moet duidelijk zijn verankerd in de nationale wetgeving en (2) het moet gaan om een regeling waaruit blijkt dat de inzet van vrijwilligers nodig is om het stelsel – dat universeel is (voor iedereen beschikbaar) en uitgaat van een solidariteitsgedachte – betaalbaar te houden. Overigens noem ik bij deze toets aan de Nederlandse situatie naast vrijwilligersorganisaties ook steeds burgerinitiatieven: daarvan geldt uiteraard dat alleen sprake kan zijn van deze rechtvaardigingsgrond als zij – net als de vrijwilligersorganisaties in bovengenoemde zaken – geen winstoogmerk hebben en alleen een vergoeding krijgen voor gemaakte kosten.

Wat betreft het eerste, geldt dat in Italië een belangrijke rol is toebedeeld aan vrijwilligersorganisaties: het beginsel van vrijwilligerswerk is in de Italiaanse

<sup>1425</sup> Zie daarover hoofdstuk 2, par. 2.2.

<sup>1426</sup> Meer daarover in par. 8.4.3. Zie bijv. art. 2.6.7 Wmo. Verder is er een ‘Wet versterking participatie decentraal niveau’ in de maak, waarin het *Right to Challenge* geregeld en verankerd moet gaan worden. Ook zijn er inmiddels plannen om sociale ondernemingen juridisch meer erkenning te geven, door het introduceren van de BVm: *Kamerstukken II 2019/20*, 32637, nr. 426.



Grondwet opgenomen, en de rol van vrijwilligers is nader uitgewerkt in bijzondere wetgeving. In die bijzondere wetgeving is bijvoorbeeld erkend dat juist deze organisaties een positieve en originele bijdrage kunnen leveren aan het organiseren van bepaalde diensten. Het stelsel als aan de orde in de arresten was dus nauw verweven met de constitutionele identiteit van deze lidstaat. Dit bestaat als zodanig niet in Nederland. Vrijwilligerswerk heeft hier namelijk geen constitutionele basis en is ook niet uitgewerkt in bijzondere regelingen.<sup>1427</sup>

Toch ligt dit wel genuanceerder. Daarbij moet namelijk allereerst worden opgemerkt dat ook in Nederland van oudsher vrijwilligers en vrijwilligersorganisaties een belangrijke rol hebben gespeeld bij het uitvoeren van sociale diensten. Zoals is beschreven in hoofdstuk 2, paragraaf 2.2, zijn het juist de liefdadigheidsinitiatieven van kerken of particulieren die aan de basis hebben gestaan van de organisatie van sociale diensten in Nederland. Een halve eeuw geleden waren de belangrijkste entiteiten die sociale diensten in Nederland organiseerden nog steeds instellingen die opereerden op basis van liefdadigheid en vrijwilligerswerk. Pas in de jaren vijftig van de vorige eeuw is de overheid begonnen deze diensten te organiseren en te financieren, wat heeft geleid tot een grote aanwas van commerciële ondernemingen die deze diensten gingen uitvoeren. Bovendien geldt dat vrijwilligers ook nu nog steeds een belangrijke aanvullende rol spelen bij het bieden van een verscheiden aanbod van deze diensten.

Daarbij lijkt deze rol van vrijwilligersorganisaties, maar ook bijvoorbeeld van burgerinitiatieven, de laatste jaren ook aan belang te winnen. Ingegeven door de stijgende zorgkosten en de daaruit voortvloeiende omslag van een verzorgingsstaat naar de participatiesamenleving, wordt de laatste jaren namelijk weer een groter beroep gedaan op de burger om aan het sociale zekerheidsstelsel bij te dragen. Het ‘*Right to Challenge*’, dat vooral inhoudt dat burgerinitiatieven taken voor de overheid gaan uitvoeren, heeft ook in Nederland vaste voet aan de grond gekregen. Als uitvloeisel daarvan is in artikel 2.6.7 Wmo de betrokkenheid van maatschappelijke initiatieven verder geregeld. Daarnaast zijn al diverse projecten uitgevoerd door burgerinitiatieven en zijn ook verschillende zorgcoöperaties van burgers opgericht.<sup>1428</sup> Verder is er een ‘Wet versterking participatie decentraal niveau’ in de maak, waarin het *Right to Challenge* geregeld en verankerd moeten gaan worden.<sup>1429</sup> Ook kan in dit verband genoemd worden dat er plannen zijn om sociale ondernemingen juridisch meer erkenning te geven, door het introduceren van de BVM.<sup>1430</sup>

1427. Het recht op petitie (art. 5 Gw) komt nog het meest in de buurt van iets wat met participatie te maken heeft. Daarnaast zou het recht op vrije arbeidskeuze van art. 19 lid 3 Gw nog in verband kunnen worden gebracht met burgerinitiatieven of vrijwilligerswerk. Een echte constitutionele basis is er daarmee echter niet. Zie over burgerparticipatie en de Nederlandse constitutie: Uzman 2018, p. 53.

1428. Zie bijv.: ‘Zorgcoöperaties: 4 voorbeelden’, Rabobank.nl, via: <https://www.ikwoonleefzorg.nl/hulp-en-zorg/zorgcooperaties-4-voorbeelden> (laatst gezien: 31 aug. 2021).

1429. Met dit wetsvoorstel wordt uitvoering gegeven aan de afspraak uit het *Regeerakkoord* 2017 om te komen tot een *Right to Challenge*-regeling, waarmee de regering de mogelijkheid wil bieden aan burgers en lokale verenigingen een alternatief voorstel in te dienen voor de uitvoering van collectieve voorzieningen in hun directe omgeving.

1430. BVM staat voor besloten vennootschap maatschappelijk. Zie *Kamerstukken II* 2019/20, 32637, nr. 426. Dit is een uitvloeisel van een van de ambities uit het *Regeerakkoord* 2017, waarin was neergelegd om passende regels en meer ruimte voor ondernemingen met sociale of maatschappelijke doelen te realiseren (zie o.a. p. 33).

Aldus zijn er ook in Nederland ontwikkelingen gaande om de rol van vrijwilligers of burgerinitiatieven te herwaarderen, en daarnaast om die rol steviger in wetgeving te verankeren.

Wat het tweede punt betreft, zou dus in een bijzondere regeling moeten worden voorzien voor de rechtstreekse gunning van sociale diensten aan vrijwilligersorganisaties (of burgerinitiatieven). Van belang zijn daarbij de factoren die door het HvJ EU in het *CASTA*-arrest zijn genoemd. Volgens het Hof bleek namelijk uit een samenstel van factoren te weten het nationale rechtskader (i), de aard van de betrokken diensten, die worden verricht in de context van de nationale gezondheidszorg (ii), dat overeenkomsten gunstige budgettaire gevolgen hebben (iii) en het vrijwillige karakter van de organisaties die dergelijke overeenkomsten sluiten (iv), dat het inzetten van deze vrijwilligersorganisaties bij het organiseren van medische vervoersdiensten kan berusten op de beginselen van universaliteit en solidariteit en kan zijn ingegeven door redenen van kostenefficiëntie en geschiktheid.<sup>1431</sup>

Om de rechtstreekse gunning aan vrijwilligersorganisaties in Nederland mogelijk te maken, moet dan ook allereerst een nationaal rechtskader bestaan, waarin een dergelijke voorkeursbehandeling van vrijwilligersorganisaties duidelijk is verankerd, en waarbij bijvoorbeeld op grond van solidariteit en universaliteit en vooral op grond van kostenefficiëntie en geschiktheid kan worden gekozen voor een rechtstreekse gunning aan deze vrijwilligersorganisaties en/of burgerinitiatieven. Dit vergt in ieder geval dat in formele wetgeving wordt voorzien in een regeling waarin een dergelijk voorkeursbehandeling van vrijwilligers wordt verankerd. Ook zou de rol van vrijwilligers en burgerinitiatieven sterker moeten worden verankerd in formele wetgeving of in de Grondwet, zodat het beroep op vrijwilligersorganisaties en burgerinitiatieven duidelijker onderdeel wordt van de constitutionele identiteit. Mogelijk dat met name de hiervoor genoemde 'Wet versterking participatie centraal niveau' daar een belangrijke rol in kan spelen. Of alleen lokale verankering voldoende is, betwijfel ik.

Daarnaast moet uit die wetgeving volgen dat de inzet van vrijwilligersorganisaties en/of burgerinitiatieven bijdraagt aan het evenwicht van de begroting: de overeenkomsten moeten budgettaire gevolgen hebben en de organisaties die de diensten uitvoeren moeten dit doen op basis van vrijwilligheid. Deze factoren laten namelijk zien dat het stelsel ook daadwerkelijk consistent en coherent is en dat het geschikt en noodzakelijk is om de beoogde doelen te bereiken. Daarbij zal bijvoorbeeld ook aandacht moeten worden besteed aan de definiëring van vrijwilligerswerk, zoals dat ook in Italië is gedaan, namelijk dat het daarbij gaat om 'iedere activiteit die persoonlijk, spontaan en gratis, via de organisatie waarvan de vrijwilliger deel uitmaakt, zonder winst oogmerk, zelfs niet indirect, en uitsluitend uit solidariteit wordt verricht'.<sup>1432</sup> Daarmee wordt gewaarborgd dat geen misbruik van de regeling wordt gemaakt door entiteiten die daaronder niet kunnen vallen. Op deze wijze zou ook in Nederland een rechtvaardigingsgrond kunnen bestaan voor de rechtstreekse gunning aan vrijwilligersorganisaties.

1431. Zie het voorgaande; zie ook: *CASTA*, r.o. 57.

1432. Art. 2 *legge nr. 266 – Legge-quadro sul volontariato* (kaderwet inzake vrijwilligerswerk); zie Spezzino, r.o. 12.

Een dergelijk stelsel op basis van solidariteitsprincipes zal in Nederland echter een omslag vergen, waarbij door de nationale wetgever keuzes moeten worden gemaakt om een grotere rol voor vrijwilligersorganisaties en soortgelijke entiteiten in het Nederlandse recht neer te leggen. De vraag die daarbij gesteld zou moeten worden is of een dergelijk stelsel in Nederland wenselijk wordt geacht. Het kan namelijk ook zijn dat het in Nederland niet wenselijk wordt geacht om bepaalde diensten bij voorkeur door vrijwilligersorganisaties te laten uitvoeren. Daarnaast is het de vraag of vrijwilligersorganisaties in Nederland een dermate grote rol kunnen spelen dat de opdrachten bij voorrang aan hen kunnen worden gegund: hebben zij daarvoor voldoende capaciteit? De huidige ontwikkelingen met betrekking tot de stijgende kosten in de zorg – maar ook bijvoorbeeld toenemende personeelstekorten in de zorg – maken het invoeren van een bijzonder stelsel zoals in het *Spezzino*-arrest voor sociale diensten in ieder geval wel interessanter.

Ten slotte zij erop gewezen ook andere objectieve rechtvaardigingsgronden kunnen worden gevonden om opdrachten rechtstreeks te gunnen aan vrijwilligersorganisaties of entiteiten zonder winstoogmerk. Zo blijkt bijvoorbeeld uit het *Sodemare*-arrest, dat kort is besproken in hoofdstuk 2, paragraaf 2.5.3, dat lidstaten het tegen vergoeding verlenen van bejaardenzorg mogen voorbehouden aan aanbieders zonder winstoogmerk om ervoor te zorgen dat de uitvoerders van deze taken ‘zich primair op de sociale doelstellingen zouden richten’.<sup>1433</sup> In dit arrest oordeelde het HvJ EU dat een lidstaat in het kader van zijn bevoegdheid om zijn stelsel van sociale zekerheid in te richten, van mening kan zijn dat de verwezenlijking van doelstellingen van het sociale stelsel, noodzakelijkerwijs inhoudt, dat de toelating tot dit stelsel van particuliere aanbieders gebonden dient te zijn aan de voorwaarde dat zij geen winstoogmerk hebben.<sup>1434</sup> In een dergelijk geval moet echter een consistent geheel aan regels bestaan op grond waarvan enkel entiteiten zonder winstoogmerk de diensten mogen uitvoeren.

Om te beroepen op een rechtvaardigingsgrond bij een belemmering van het vrij verkeer, moet dus altijd een strikte toets plaatsvinden: is sprake van een dwingende reden van algemeen belang en is de maatregel geschikt en proportioneel om dat doel te bereiken?

## 8.5 MOGELIJKHEDEN OM BINNEN AANBESTEDINGSRECHT REKENING TE HOUDEN MET BIJZONDERE KARAKTER VAN BEPAALDE ‘ONDERNEMERS’

Zoals hiervoor is gebleken, bestaat voor vrijwilligersorganisaties, burgerinitiatieven of sociale ondernemingen geen bijzondere positie in de aanbestedingsrichtlijnen. Alle entiteiten, van vrijwilligersorganisaties tot commerciële ondernemingen, dingen in beginsel op gelijke wijze mee naar een opdracht die valt binnen de reikwijdte van het begrip overheidsopdracht van de aanbestedingsrichtlijnen. Zoals ook duidelijk gemaakt door A-G Wahl in *Spezzino* zijn er echter wel degelijk enkele mogelijkheden *binnen* het aanbestedingsrecht, door de A-G instrumenten genoemd,

1433. HvJ EG 17 juni 1997, C-70/95, ECLI:EU:C:1997:301 (*Sodemare*), r.o. 31. Zie hierover meer uitgebreid: Hancher & Sauter, *CMLR* 2010.

1434. *Sodemare*, r.o. 32.

om rekening te houden met het bijzondere karakter van deze entiteiten en zelfs om in bepaalde specifieke situaties (een deel van de opdracht) rechtstreeks te gunnen. Het gaat dus om mogelijkheden om deze entiteiten meer kansen te bieden op een opdracht, zonder in strijd met het gelijkheids- en transparantiebeginsel te handelen.

Tijdens de gehele aanbestedingsprocedure mogen aanbestedende diensten namelijk rekening houden met bijvoorbeeld doelstellingen van sociale aard of de behoeften van gebruikers, mits deze eisen maar niet discrimineren tussen geïnteresseerde ondernemers. Zo mogen zij bijvoorbeeld eisen stellen met betrekking tot kennis over de (lokale) culturele context waarbinnen de diensten worden uitgevoerd, mits dat noodzakelijk is voor de opdracht. Daarnaast is het opdelen in percelen en het opstellen van eenvoudige aanbestedingsdocumenten ook een middel om meer kansen te geven voor dergelijke entiteiten. Op deze manier kan in aanbestedingsprocedures meer rekening worden gehouden met inschrijvers die werken op basis van vrijwilligers of een maatschappelijke doelstelling hebben.

Daarnaast bestaan echter twee belangrijke mogelijkheden om opdrachten (voor sociale diensten) min of meer rechtstreeks te gunnen aan burgerinitiatieven, vrijwilligersorganisaties of sociale ondernemingen. Hieronder zal ik op deze twee mogelijkheden dieper ingaan: het voorbehouden van opdrachten aan sociale werkplaatsen als bedoeld in art. 20 Richtlijn 2014/24/EU (art. 2.82 Aw 2012) en aan specifieke entiteiten voor specifieke (sociale) diensten neergelegd in artikel 77 van Richtlijn 2014/24/EU (art. 2.82a Aw 2012) (paragraaf 8.5.1) en daarnaast het rechtstreeks gunnen van een deel van de opdracht aan bijvoorbeeld een vrijwilligersorganisatie of burgerinitiatief op grond van art. 5 lid 10 Richtlijn 2014/24/EU (art. 2.18 en 2.19 Aw 2012) (paragraaf 8.5.2).

#### **8.5.1 Voorbehouden van opdrachten aan sociale werkplaatsen, vrijwilligersorganisaties of burgerinitiatieven?**

Allereerst is het op grond van art. 20 van de aanbestedingsrichtlijn – geïmplementeerd in art. 2.82 Aw 2012 – mogelijk om opdrachten voor te behouden aan sociale werkplaatsen en ondernemers die de maatschappelijke en professionele integratie van gehandicapten of kansarmen tot doel hebben, of de uitvoering van deze opdrachten voorbehouden in het kader van programma's voor beschermde arbeid. Belangrijke voorwaarde voor toepassing van dit artikel is dat ten minste 30% van de werknemers van deze werkplaatsen, ondernemingen of programma's, gehandicapte of kansarme werknemers zijn. Ook moeten deze entiteiten als belangrijkste doel hebben 'om de sociale en beroepsmatige integratie of herintegratie van gehandicapten en kansarmen, zoals werklozen, leden van achtergestelde minderheden of andere maatschappelijk gemarginaliseerde groepen' te ondersteunen.<sup>1435</sup> Dit betreft dus een hele beperkte categorie entiteiten. Dit artikel biedt dan ook een enigszins beperkte mogelijkheid in het kader van de organisatie van sociale diensten om opdrachten rechtstreeks te gunnen aan dergelijke organisaties.

<sup>1435</sup> Zie bijv. considerans Richtlijn 2004/18/EG, punt 28.

Van belang is echter dat daarnaast op grond van art. 77 van de aanbestedingsrichtlijn – deze mogelijkheid is geïmplementeerd in art. 2.82a Aw 2012 – het tevens mogelijk is om bepaalde opdrachten voor sociale en andere specifieke diensten aan bepaalde entiteiten voor te behouden. Wat allereerst de soort diensten betreft, moet het volgens dit artikel gaan om gezondheids-, sociale en aanverwante diensten, bepaalde onderwijs- en opleidingsdiensten, bibliotheek-, archief-, museum- en andere culturele diensten, sportdiensten en diensten voor particuliere huishoudens.<sup>1436</sup> Deze soort diensten kunnen aanbestedende diensten dus met voorrang gunnen aan bepaalde entiteiten. Deze mogelijkheid is dus beperkt tot een bepaalde kleine categorie specifieke diensten en kan niet voor alle soorten diensten waarbij vrijwilligers en burgerinitiatieven een rol kunnen spelen, een mogelijkheid bieden. Dit is echter anders voor de sociale diensten als bedoeld in dit boek, die hier namelijk wel onder vallen.

De entiteiten waarvoor deze uitzondering geldt, moeten ook voldoen aan een aantal strikte vereisten. Zo moet allereerst (a) haar doel het vervullen van een opdracht van algemeen belang inhouden en die moet verband hebben met de diensten van gezondheids-, culturele of sociale aard. Daarnaast (b) moeten winsten ofwel opnieuw geïnvesteerd met het oogmerk het doel van de organisatie te behartigen ofwel worden herverdeeld of uitgekeerd. Bij herverdeling of uitkering moet dit op grond van participatieve overwegingen geschieden. Ook (c) moeten de beheers- of eigendomsstructuren van de organisatie die de opdracht uitvoert, zijn gebaseerd op werknemersaandeelhouderschap of beginselen van participatie, of de actieve participatie van werknemers, gebruikers of belanghebbenden vergen, en (d) mag ten slotte door de betrokken aanbestedende dienst in de laatste drie jaar aan deze entiteit voor deze diensten geen opdracht zijn gegund. Deze eisen zijn dus heel strikt en beogen te waarborgen dat geen onrechtmatige omzeiling van de aanbestedingsrichtlijnen plaatsvindt.

Verder is van belang dat hier duidelijk een bekendmaking van de opdracht passend bij deze bijzondere categorie ondernemers moet plaatsvinden, en dat een onderlinge vergelijking tussen biedingen moet volgen. Deze bekendmakingsplicht en oproep tot mededinging is neergelegd in art. 77 lid 4 jo. 75 Richtlijn 2014/24EU.<sup>1437</sup> Anders dan het oordeel in het *CASTA*-arrest, is dat in de richtlijn wel vastgelegd. Ook bij het gunnen aan dergelijke ondernemingen en initiatieven moeten namelijk de beginselen van gelijke behandeling, transparantie en proportionaliteit in acht worden genomen. Ten slotte geldt op grond van art. 77 lid 3 (art. 2.82a lid 3 Aw 2012) dat de opdracht een maximale looptijd van drie jaar mag hebben.

Voor sociale diensten geldt dat aan deze vereisten doorgaans wel kan worden voldaan en dat het dan ook een praktische uitzondering voor gemeenten vormt om bijvoorbeeld (een gedeelte van) een opdracht rechtstreeks te gunnen aan dergelijke entiteiten. Denkbaar is bijvoorbeeld dat een burgerinitiatief dat een platform (een website) heeft opgezet voor activiteiten voor jeugdigen in hun buurt, onder deze

1436. Het gaat om de diensten met CPV-codes: 75121000-0, 75122000-7, 75123000-4, 79622000-0, 79624000-4, 79625000-1, 80110000-8, 80300000-7, 80420000-4, 80430000-7, 80511000-9, 80520000-5, 80590000-6, van 85000000-9 tot en met 85323000-9, 92500000-6, 92600000-7, 98133000-4, 98133110-8.

1437. Zie ook: art. 2.82a Aw 2012.

uitzondering kan vallen. Tegelijk kan het belemmerend werken dat op grond van deze bepaling de maximale looptijd maar drie jaar mag zijn en vervolgens drie jaar lang geen nieuwe overeenkomst mag worden gesloten. Terzijde zij opgemerkt dat deze uitzondering met name hierin veel strikter is dan de *rule of reason*-uitsondering in de arresten *Spezzino* en *CASTA*. Deze uitzondering leent zich immers niet voor een nationaal stelsel waarin bepaalde diensten wettelijk (bij voorkeur) worden opgedragen aan vrijwilligersorganisaties.

### 8.5.2 De percelenregeling: direct gunnen van een deel van de opdracht aan een burgerinitiatief/vrijwilligersorganisatie

Daarnaast is het op grond van de aanbestedingsrichtlijnen mogelijk om een gedeelte van een opdracht buiten de aanbesteding te houden en bijvoorbeeld te gunnen aan een burgerinitiatief of een vrijwilligersorganisatie. Op grond van art. 5 lid 10 Richtlijn 2014/24/EU en geïmplementeerd in het artikel 2.18 en 2.19 Aw 2012, kan namelijk een (klein) perceel buiten de aanbesteding worden gehouden en direct worden gegund, bijvoorbeeld aan vrijwilligersorganisaties, burgerinitiatieven of zorgcoöperaties – met inachtneming van de daar opgesomde voorwaarden.<sup>1438</sup>

Deze voorwaarden betreffen in het geval van diensten dat de geraamde waarde, exclusief btw, van het betrokken perceel kleiner moet zijn dan € 80.000 en dat de samengestelde waarde van dat perceel niet meer bedraagt dan 20% van de samengestelde waarde van alle percelen waarin de voorgenomen aankoop van diensten is verdeeld.<sup>1439</sup> Nadeel hiervan is dat er dus een percelenregeling moet worden toegepast en slechts een klein gedeelte van de opdracht buiten de aanbesteding kan worden gehouden. Toch kan dit zowel voor sociale diensten alsook bij andere diensten (en ook bij leveringen en werken<sup>1440</sup>) een belangrijke mogelijkheid zijn om een gedeelte van een opdracht rechtstreeks aan een burgerinitiatief, vrijwilligersorganisatie of bijvoorbeeld een sociale onderneming te gunnen.

## 8.6 NAAR EEN NIEUWE CATEGORISERING VAN MARKTDEELNEMERS ONDER DE EU-SOCIALE MARKTECONOMIE

Aan het einde van dit hoofdstuk past nog een belangrijke kanttekening en oproep tot nader onderzoek op dit belangrijke thema. Zoals al meerdere malen kort aangestipt lijkt de hierboven besproken strikte benadering van het begrip ondernemer in het aanbestedingsrecht, niet meer te passen bij de ontwikkelingen die op EU-niveau plaatsvinden.<sup>1441</sup> Binnen de huidige sociale markteconomie is er namelijk ruimte om naast economische markt doelstellingen, doelstellingen van bijvoorbeeld sociale, maatschappelijke of duurzame aard na te streven. Zo is ook het bevorderen van de sociale cohesie en solidariteit in de samenleving daarvan een belangrijk onderdeel. Entiteiten zoals vrijwilligersorganisaties, burgerinitiatieven of sociale ondernemingen, vervullen bij het bereiken van die (brede) doelstelling van de EU

1438. Voorheen was dit ook al mogelijk, zie: art. 9 lid 5 Richtlijn 2004/18/EG.

1439. Art. 2.18 lid 3 sub b Aw 2012.

1440. Zie voor de specifieke randvoorwaarden daarvan: art. 5 lid 10 Richtlijn 2014/24/EU, 2.18 lid 3 sub a (werken), 2.19 lid 3 Aw 2012 (leveringen).

1441. Manunza & Meershoek, *PPLR* 2020, p. 357 noemen in dat verband dat sprake is van spanningen tussen de beginselen van de interne markt en de sociale markteconomie.

een belangrijke rol. Zij spelen immers in op maatschappelijk behoeften en leveren doorgaans op de praktisch toegesneden oplossingen in aanvulling op het commerciële aanbod. Zij dragen bovendien bij aan bovenbedoelde sociale cohesie en opereren op basis van solidariteit. Daarbij komt dat zij ook veelal om een andere aanpak vragen. Zij hebben veelal niet de kennis, capaciteit of de wil om aan aanbestedingsprocedures mee te (kunnen) doen; bedoelde entiteiten gedragen zich doorgaans anders dan ondernemers met winstoogmerk.

In dat kader moet dan ook worden onderkend dat het gelijk behandelen van alle ondernemers, waaronder bijvoorbeeld vrijwilligersorganisaties, voorbij kan gaan aan het bestaan van bijzondere entiteiten die in de samenleving opereren vanuit het idee om iets goeds te doen voor de samenleving of de buurt, en die niet op gelijke voet (kunnen) concurreren met commerciële ondernemers of wellicht beter gezegd: die dat gezien hun positie ook niet beogen. Met het oog daarop geldt juist hier dat er meer beslis- en beoordelingsruimte moeten zijn voor lokale overheden in de lidstaten in het kader van het beginsel van lokaal en regionaal zelfbestuur van art. 4 lid 2 VEU. Ruimte dus om te bepalen wat in een specifieke situatie het beste past om de EU-doelstellingen en nationale behoeften met elkaar te verenigen.

Deze ontwikkelingen op primair EU-niveau vragen om een doorwerking in secundaire regelgeving, zoals de aanbestedingsrichtlijnen. Een strikte toepassing van de aanbestedingsrichtlijnen voor entiteiten als burgerinitiatieven, vrijwilligersorganisaties en sociale ondernemingen, laat zich namelijk met het oog op die ontwikkelingen niet meer zo goed passen binnen de huidige doelstellingen van het EU-recht. Daarbij schiet het huidige instrumentarium in het aanbestedingsrecht, hoewel het in een aantal mogelijkheden voorziet, toch tekort om daadwerkelijk recht te doen aan de onderscheiden positie van deze 'marktdeelnemers'. Van belang is daarbij dat het HvJ EU in de zaken *Spezzino* en *CASTA* voldoende redenen heeft gezien om in bepaalde bijzondere gevallen een uitzondering onder het vrij verkeer toe te laten, zodat opdrachten in bepaalde gevallen rechtstreeks aan deze entiteiten kunnen worden gegund. Onderzocht zou echter moeten worden of in een bredere uitzondering kan worden voorzien, bijvoorbeeld door het categoriseren van verschillende entiteiten die nu allen onder het begrip ondernemer vallen. Daarbij zouden vrijwilligersorganisaties en burgerinitiatieven, maar mogelijk ook sociale ondernemingen een apart gedefinieerde categorie marktdeelnemers binnen de aanbestedingsrichtlijn kunnen vormen waarop uitzonderingen van toepassing kunnen zijn.

Er spelen hierbij echter nog een aantal belangrijke vragen, waarop eerst een antwoord moet worden gevonden voordat in een dergelijke regeling kan worden voorzien. Dit vormen soms fundamentele knelpunten die een uitzonderingssituatie voor deze entiteiten bemoeilijken. Zoals reeds opgemerkt is het mogelijk dat de strikte benadering van het begrip ondernemer in het aanbestedingsrecht mede wordt veroorzaakt door dergelijke knelpunten.

Zo is een eerste belangrijke vraag wie onder deze uitzondering mag vallen en de daaraan verbonden vraag: wat onderscheidt bepaalde entiteiten van andere entiteiten dat zij een aparte, en dus ongelijke bevoordelende behandeling mogen krijgen? Voor deze onderscheiden en bevoordelende behandeling moet dus eerste een legitimatie worden gevonden. Aan de hand van het antwoord op deze vraag, en ik ben me ervan bewust dat dit een lastige vraag betreft, zouden vervolgens criteria kunnen

worden opgesteld om te bepalen wie onder de uitzondering mag vallen. Elementen die daarbij van belang (kunnen) zijn betreffen bijvoorbeeld: (1) het opereren op basis van vrijwilligheid en spontaniteit: de diensten worden onbezoldigd uitgevoerd en er wordt enkel in een vergoeding van de kosten voorzien en (2) daarmee samenhangend dat enkel een sociaal doel wordt nagestreefd (dat bijvoorbeeld er ook in kan bestaan – zoals bij een burgerinitiatief – dat men een activiteit in eigen buurt wil oppakken). Het zou in dat verband dus moeten gaan om organisaties die enkel als doel hebben om iets goeds te doen voor de samenleving tegen een vergoeding van de gemaakte kosten. Daarbij geldt overigens wel dat er ruimte kan zijn voor een (beperkte) vrijwilligersvergoeding. Voorkomen dient echter te worden dat een entiteit onder een uitzondering gaat vallen die in essentie weinig verschilt van commerciële entiteiten met werknemers.

Een belangrijke tweede vraag hangt daarmee samen: hoe kan deze uitzonderingscategorie worden gedefinieerd, opdat geen misbruik kan worden gemaakt van de regeling? Zo zullen ook ondernemers voor wie de uitzondering niet bedoeld is, proberen daaronder te vallen. Of kunnen aanbestedende diensten misbruik maken van de regeling om via deze weg rechtstreeks te gunnen aan entiteiten die daaronder niet (mogen) vallen. Om misbruik van de regeling en omzeiling van de aanbestedingsrichtlijnen te voorkomen, moet de uitzondering dan ook met strikte waarborgen worden omgeven: een burgerinitiatief moet echt een burgerinitiatief zijn en een vrijwilligersorganisatie, een vrijwilligersorganisatie, om in aanmerking te komen voor uitzondering. Zo dient bijvoorbeeld ook te worden gewaarborgd dat een burgerinitiatief dat later uitgroeit tot (het niveau van) een commerciële onderneming – dat is al meermaals voorgekomen – niet langer onder de uitzondering kan vallen.<sup>1442</sup>

Een derde vraag, of beter een aandachtspunt, is dat er ook over na moet worden gedacht hoe ervoor wordt gezorgd dat geen onwenselijke situatie ontstaat waarbij commerciële ondernemers van de markt worden gedrukt – dan wel voor het resterende deel van de opdracht geen goede bieding meer kunnen of zullen doen in de aanbestedingsprocedure. In veel gevallen zal een burgerinitiatief of vrijwilligersorganisatie zodanig klein zijn, dat ik op dit punt geen onoverkomelijke problemen zie, maar hier zal wel over nagedacht moeten worden. Wellicht dient op dit punt te worden voorzien in een maximale omvang van de (rechtstreeks) te gunnen opdracht.

Een vierde vraag is in hoeverre het burgerinitiatief of de vrijwilligersorganisatie vervolgens vrij is om naar eigen believen uitgaven te doen. In dat opzicht dient ook te worden voorzien in een verantwoordingsmechanisme zodat de entiteit geen onverantwoorde uitgaven kan doen of misbruik kan maken van het overheidsgeld. Denkbaar is namelijk het geval dat overheidsgeld vervolgens wordt uitgegeven aan een (onwaarschijnlijk) dure *web developer*, die 'toevallig' de zoon is van de initiatiefnemer. Hoewel ik ervan wil uitgaan dat burgerinitiatieven en vrijwilligersorganisaties doorgaans het goede voor ogen hebben, wijst de praktijk helaas uit dat misbruik van regelingen snel op de loer ligt.

1442. Zie: Boogaard, Driessen & Den Ouden, *NJB* 2019, p. 2863.



Een laatste belangrijke vraag is daarbij vervolgens ook hoe het proces van rechtstreekse gunning moet worden georganiseerd. Krijgt in dat geval elke entiteit die voor uitzondering in aanmerking komt financiering voor het uitvoeren van de dienst of wordt de opdracht gegund aan één of meerdere vrijwilligersorganisaties met uitzondering van anderen? Op basis waarvan worden organisaties uitgekozen en hoe wordt dit gelegitimeerd? Dit vergt tenminste objectieve criteria om de gelijke behandeling tussen deze organisaties voldoende te verzekeren.

Ondanks deze belangrijke vragen, waarop eerst een antwoord moet worden gevonden, zou een dergelijke wijziging van de aanbestedingsrichtlijn ten faveure van entiteiten zoals burgerinitiatieven en vrijwilligersorganisaties, maar ook sociale ondernemingen, meer recht doen aan de ontwikkelingen op EU-niveau, waaronder de vernieuwde doelstellingen rondom een sociale markteconomie. Het zou met het oog daarop dan ook goed zijn als hieraan met een volgende herziening van de aanbestedingsrichtlijnen aandacht wordt besteed.

## 8.7 CONCLUSIE

Er zijn belangrijke ontwikkelingen gaande op EU-niveau die meer ruimte lijken te bieden om de rol die actoren als vrijwilligersorganisaties, culturele en levensbeschouwelijke instellingen, burgerinitiatieven en sociale ondernemingen bij het bereiken van een duurzaam en sociaal Europa, spelen, een stevigere plaats en erkenning te geven. Hoewel binnen de aanbestedingsrichtlijnen op verschillende manieren rekening kan worden gehouden met het bijzondere karakter van bepaalde entiteiten en binnen een aanbestedingsprocedure kansen kunnen worden gecreëerd voor deze entiteiten, kan worden gesteld dat deze richtlijn nog onvoldoende is aangepast aan deze ontwikkelingen.

Op dit moment geldt namelijk, behalve wat betreft het voorbehouden van opdrachten en de percelenregeling, dat geen uitzonderingspositie bestaat voor entiteiten die bijvoorbeeld draaien op basis van vrijwilligers en vrijwilligheid, enkel een sociaal doel hebben en iets voor de samenleving willen betekenen, alleen een kostenvergoeding vragen voor daadwerkelijk gemaakte kosten en geen winst oogmerk hebben. Ook vrijwilligersorganisaties, burgerinitiatieven en bijvoorbeeld sociale ondernemingen vallen onder het begrip ondernemers in het aanbestedingsrecht. Zij moeten dan ook als sprake is van een overheidsopdracht, concurreren met andere entiteiten om een vergoeding te krijgen voor het uitvoeren van die activiteiten. Sterker, volgens de in dit hoofdstuk besproken jurisprudentie concurreren dergelijke entiteiten ook daadwerkelijk met andere entiteiten. Dit terwijl dergelijke entiteiten in de praktijk doorgaans niet echt kunnen dan wel willen concurreren met andere marktdeelnemers, simpelweg omdat ze daar de tijd en capaciteit niet voor hebben en ook een heel ander doel voor ogen hebben; zij doen daaraan dan ook vaak niet mee.

Van belang is dat het HvJ EU in de zaken *Spezzino* en *CASTA* onder het vrij verkeer reeds heeft geoordeeld dat in bepaalde situaties – waarin de rol van vrijwilligerswerk stevig is verankerd in de nationale identiteit en het inzetten van deze vrijwilligersorganisaties bij het organiseren van de diensten berust op de beginselen van universaliteit en solidariteit en is ingegeven door redenen van kostenefficiëntie en geschiktheid – het rechtstreeks gunnen aan vrijwilligersorganisaties is toegestaan,

omdat daarvoor een objectieve rechtvaardiging bestaat. Het verdient aanbeveling, onder meer vanwege de coherentie en consistentie van de EU-regels van vrij verkeer, dat de aanbestedingsrichtlijn als daaruit voortvloeiend secundair recht, daarmee in lijn wordt aangepast. Het huidige art. 77 Richtlijn 2014/24/EU, waarin de mogelijkheid tot het voorbehouden van bepaalde opdrachten aan bepaalde entiteiten voor een maximale periode van drie jaar en waarna een tussenperiode van drie jaar in acht moet worden genomen, is neergelegd, betreft in dat opzicht een veel beperktere uitzondering.

Bovendien zou gezien de belangrijke rol die vrijwilligersorganisaties, burgerinitiatieven en sociale ondernemingen spelen, onder meer bij het tot stand brengen van een Europese sociale markteconomie, een bredere uitzondering in de aanbestedingsrichtlijn op zijn plaats zijn. Zo zou bijvoorbeeld in een nadere categorisering van het begrip 'ondernemer' in de aanbestedingsrichtlijn kunnen worden voorzien, waarvoor dan voor bepaalde specifieke entiteiten, uitzonderingen kunnen worden geformuleerd. Er moet echter worden voorkomen dat misbruik van de regeling en omzeiling van het aanbestedingsrecht kan plaatsvinden. Daarom moet goed worden nagedacht over de voorwaarden waarmee de uitzondering wordt omgeven. In dit hoofdstuk zijn in dat opzicht een aantal aandachtspunten meegegeven, zoals wat betreft de definiëring van de entiteiten die onder een uitzondering mogen vallen, de omvang van de activiteit, een verantwoordingsmechanisme van uitgaven voor dergelijke entiteiten en de wijze waarop aan bepaalde entiteiten rechtstreeks kan worden gegund, zonder in strijd te komen met de beginselen van gelijke behandeling en transparantie.

## Hoofdstuk 9

# Conclusie en aanbevelingen

### 9.1 **DUIDELIJKHEID OVER SCHEIDSLIJNEN TUSSEN RECHTSINSTRUMENTEN BIJ HET ORGANISEREN VAN SOCIALE DIENSTEN**

*Een omvangrijke nieuwe maatschappelijke opgave voor gemeenten*

Gemeenten hebben er sinds 2015 een belangrijke en veelomvattende taak bij gekregen: de organisatie van diensten in het sociaal domein. Deze diensten, die in dit boek worden aangemerkt als sociale diensten, betreffen onder meer: diensten rondom jeugdzorg; diensten rondom de dagbesteding, persoonlijke verzorging en/of huishoudelijke hulp voor kwetsbaren zoals ouderen, gehandicapten of (langdurig) zieken; diensten zoals beschermd wonen en opvang voor mensen met psychische of psychosociale problemen of voor mensen die niet meer thuis kunnen wonen vanwege huiselijk geweld.

Naast het (goed) organiseren van deze cruciale diensten voor kwetsbare personen, kregen gemeenten er nog een opgave bij. Tegen de achtergrond van maatschappelijk vraagstukken zoals de vergrijzing van de bevolking en stijgende zorgkosten, moeten gemeenten namelijk ook een efficiëncyslag maken, onder meer door maatwerk en integrale oplossingen te bieden. Tevens dienen zij onder de noemer van de 'participatiesamenleving' een omslag in denken in de samenleving teweeg te brengen: van recht op zorg, naar: wat kan de burger (met behulp van zijn netwerk) nog wel zelf? Dit vraagt dan ook om innovatieve oplossingen.

Het instrumentarium dat gemeenten hebben om sociale diensten te organiseren, speelt daarin een belangrijke rol. Het gaat dan om de rechtsinstrumenten: de overheidsopdracht,<sup>1443</sup> de klassieke instrumenten van subsidies, vergunningen en concessies en daarnaast om het zogenoemde openhousemodel.<sup>1444</sup> Bij het hanteren van deze rechtsinstrumenten neemt de overheid verschillende rollen aan, namelijk als opdrachtgever, poortwachter of supporter, waarmee zij afhankelijk van de gekozen rol, verschillende doelen kan bereiken (zie paragraaf 9.2.2.7). Daarmee samenhangend hebben deze verschillende instrumenten ook verschillende voor- en nadelen vanuit het oogpunt van de goede organisatie van de zorg. Gemeenten

---

1443. Gedefinieerd in art. 2 lid 1 (5) Richtlijn 2014/24/EU en art. 1.1 Aw 2012 als: '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' (zie hoofdstuk 3).

1444. Het openhousemodel is een open toetredingssysteem waarbij met iedere geïnteresseerde (hier: zorgaanbieders) die aan bepaalde – vooraf vastgestelde – objectieve randvoorwaarden voldoet een contract wordt gesloten en de keuze voor één van de gecontracteerde aanbieders vervolgens aan derden (hier: cliënten) wordt overgelaten (zie hoofdstuk 5).

kunnen er overigens ook nog voor kiezen om sociale diensten in eigen beheer uit te voeren (inbesteden), maar dit is in dit onderzoek verder buiten beschouwing gelaten.<sup>1445</sup>

#### *Onduidelijkheid over scheidslijn overheidsopdracht en openhousemodel*

Over deze rechtsinstrumenten en de scheidslijnen daartussen bestaat in de doctrine en in de praktijk echter onduidelijkheid; dit geldt overigens niet alleen voor het sociaal domein, maar ook daarbuiten. Zo ontstond in het sociaal domein bijvoorbeeld maatschappelijke én politieke ophef over de vermeende aanbestedingsverplichting in het sociaal domein. Met Richtlijn 2014/24/EU zijn sociale diensten namelijk na jaren van discussie onder de volledige werking van de aanbestedingsrichtlijn gebracht, zij het dat daarop een licht regime van toepassing is. Deze ‘aangebestedingsverplichting’ riep in Nederland veel weerstand op, met krantenkoppen als: ‘*Wat zoekt een zorgondernemer uit een ander land hier?*’ en ‘*Verzet tegen aanbesteden jeugdzorg: “Kinderen schieten er niks mee op”*’. Bovendien pleitte de minister van VWS in Europa voor het afschaffen van deze aanbestedingsplicht.<sup>1446</sup> Daarmee werd echter miskend dat gemeenten verschillende keuzemogelijkheden hebben bij het organiseren van sociale diensten.<sup>1447</sup> Bovendien volgde uit empirisch onderzoek naar de contracten voor jeugdzorg en Wmo, voor het eerst verricht in 2018, dat in dat jaar 87% van de contracten voor de Wmo en 90% voor jeugdzorg werden aanbesteed die – volgens de onderzoekers – niet hadden hoeven te worden aanbesteed.<sup>1448</sup> Anno 2020 is dat aantal respectievelijk 84% en 66%. Contracten in het sociaal domein werden (en worden) namelijk ook wel toegekend door middel van een open stelsel – inmiddels het openhousemodel genoemd – waarbij met iedere geïnteresseerde zorgaanbieder die aan de minimumeisen voldoet een contract wordt gesloten en de keuze voor een van die aanbieders vervolgens aan de cliënt wordt overgelaten; in dat geval hoeft geen aanbestedingsprocedure te worden gevolgd.

#### *Onduidelijkheid over scheidslijn overheidsopdracht en subsidie*

Naast de scheidslijn tussen de overheidsopdracht en dit openhousemodel, bestaat er ook onduidelijkheid over de scheidslijnen tussen de overheidsopdracht en de subsidie. Er worden in de praktijk en in de literatuur namelijk onjuiste criteria gehanteerd om subsidies te kunnen onderscheiden van overheidsopdrachten. Zo wordt wel gedacht dat als de overheid een zorgaanbieder enkel in een kostenvergoeding voorziet, dat dit een aanwijzing is dat sprake is van een subsidie; bij een overheidsopdracht zou het dan gaan om een marktconforme betaling.<sup>1449</sup> Ook

1445. Dit onderzoek maakt deel uit van breder onderzoek van onderzoekscentrum UUCePP van de Universiteit Utrecht waar dit thema reeds onderwerp is geweest van langdurige studie, zie: Manunza 2010<sup>b</sup>; Manunza & Berends 2013; Janssen 2018.

1446. Zie bijv.: *Beschouwing over inkoop jeugdhulp, kwaliteit en verantwoording* 2019, p. 3.

1447. Zie reeds: Manunza & Telgen, *Stct.* 2017; Manunza & Jansen, *Stct.* 2018.

1448. Zie Uenk e.a. 2018 en Uenk & Wind 2020. Zie ook: Uenk, Wind & Telgen 2019 met vergelijkbare cijfers (Monitor Gemeentelijke zorginkoop 2018, 2019, 2020).

1449. Zie in het bijzonder hoofdstuk 4 en wat betreft de bevindingen ook hierna in par. 9.2. Daarvan lijkt ook de definitie van de subsidie van art. 4:21 Awb uit te gaan, aangezien ter onderscheid van andere instrumenten wordt gesproken van een ‘betaling voor geleverde goederen of diensten’; zie daarnaast ook de memorie van toelichting op dat artikel: *Kamerstukken II* 1993/94, 23700, nr. 3, p. 33 (memorie van toelichting bij derde tranche Awb).

wordt wel gedacht dat het feit dat de overheid het initiatief neemt tot de financiering, een aanwijzing vormt dat sprake is van een overheidsopdracht, terwijl als het initiatief ligt bij een marktpartij, sprake is van een subsidie. Op deze wijze wordt echter onvoldoende acht geslagen op de reikwijdte van het EU-begrip overheidsopdracht uit Richtlijn 2014/24/EU, die voortgaat op nationale definities. De genoemde aanwijzingen blijken daarmee niet in overeenstemming te zijn.

*Onduidelijkheid over scheidslijn overheids- en concessieopdracht?*

Voorts bestaat ook een gebrek aan kennis over de scheidslijn tussen de overheidsopdracht en de concessieopdracht (als bedoeld in Richtlijn 2014/23/EU). De concessie(opdracht) wordt als instrument in Nederland niet (bewust) gekozen om sociale diensten te organiseren. Sommige contracten hebben echter duidelijk de kenmerken van dit instrument, namelijk als een gemeente ervoor kiest om een zorgaanbieder tegen een bepaald maximumbudget de organisatie van sociale diensten te laten uitvoeren, waarbij de zorgaanbieder door middel van innovatie en efficiëntie zijn eigen winst kan genereren.

Hoewel in de literatuur regelmatig wordt geschreven over scheidslijnen tussen enkele van deze rechtsinstrumenten, is de onduidelijkheid over het onderscheid tussen de overheidsopdracht en deze instrumenten niet weggenomen. Daarbij worden soms scheidslijnen voorgesteld die met het oog op de EU-definitie van de overheidsopdracht juridisch niet doorslaggevend kunnen zijn.

*Duidelijkheid noodzakelijk voor juiste toepassing van het recht*

Het is van belang dat overheden doelbewust kiezen voor een instrument en het ene instrument niet met een ander instrument verwarren. Dit is allereerst van belang in het kader van de rechtszekerheid en bijvoorbeeld in het kader van een betrouwbare overheid. Daarnaast is dit van belang omdat op deze instrumenten verschillende regels van toepassing zijn. Daarbij geldt dat de overheids- en de concessieopdracht op EU-niveau zijn gedefinieerd en gereguleerd in Richtlijnen 2014/24/EU en 2014/23/EU. Om het *effet utile*, dat wil zeggen het doel van deze EU-regulering effectief te bereiken, moeten dan ook alle activiteiten van een gemeente die als een overheids- of concessieopdracht moeten worden aangemerkt, aan die regulering voldoen. Wanneer daarentegen een overheidsopdracht onterecht wordt aangemerkt als een subsidie – en financiering van een activiteit als zodanig wordt verstrekt – zal al snel sprake zijn van strijd met EU-recht. Is echter geen sprake van een overheidsopdracht, bijvoorbeeld als een contract door middel van een openhousemodel wordt gegund, dan hoeft deze aanbestedingsregulering niet te worden toegepast. Wordt dat wel gedaan, zoals in de praktijk regelmatig gebeurt, dan worden regels toegepast die daarop niet van toepassing zijn – dat kan in strijd komen met het proportionaliteitsbeginsel. Daarnaast kan dit tot gevolg hebben dat aan zorgaanbieders belangrijke procedurele rechten, zoals het mogen herstellen van fouten in de inschrijving, worden ontzegd. Ten slotte leidt dit ook tot de hiervoor gesignaleerde kritiek op een aanbestedingsverplichting die er soms dus helemaal niet is.

*Voor- en nadelen instrumenten in verband met ‘goede (organisatie van) zorg’*

Aan de keuze voor het ene dan wel het andere instrument, kunnen daarnaast diverse voor- en/of nadelen kleven. Aangezien (een) ‘goede’ (organisatie van) zorg van groot belang is, is in de voorgaande hoofdstukken onderzocht – zonder daarbij de pretentie te hebben volledig te zijn – wat de voor- en nadelen van een instrument kunnen zijn met het oog op een viertal belangrijke aspecten die de goede organisatie van zorg betreffen. Het is vervolgens aan gemeenten om een keuze voor een van de instrumenten te maken die passen bij hun beleidsdoelstellingen.

De zorgsector kampt met grote uitdagingen: van vergrijzing en beteugeling van zorgkosten aan de ene kant en het zorgen voor kwalitatief goede zorg voor cliënten aan de andere kant. Ook het tegengaan van zorgfraude is een prangende maatschappelijke kwestie geworden, omdat zogenoemde zorgcowboys misbruik maken van zorggelden. In dat verband zijn in dit onderzoek als aspecten van een goede organisatie van zorg betrokken: de betaalbaarheid (1); toegankelijkheid (hier in de zin van keuzevrijheid voor cliënten) (2); de kwaliteit van zorg (3) en het tegengaan van zorgfraude (4).<sup>1450</sup>

*Centrale probleemstelling van dit onderzoek*

Duidelijkheid over scheidslijnen tussen de overheidsopdracht en andere rechtsinstrumenten is dan ook van groot belang. De hoofdvraag van dit onderzoek is in dat verband als volgt geformuleerd:

*‘Op welke wijze dient het rechtsinstrument de overheidsopdracht te worden onderscheiden van de rechtsinstrumenten de subsidie, vergunning, het openhousemodel en de concessie, zodat bij het organiseren van sociale diensten door gemeenten een rechtmatig gebruik van deze instrumenten wordt verzekerd en welke voor- en/of nadelen heeft de keuze voor het ene dan wel het andere instrument met het oog op een goede organisatie van zorg?’*

Het gehele onderzoek is daarbij door interdisciplinaire inzichten gevoed, aangezien het onderdeel uitmaakt van een breder (interdisciplinair) onderzoek dat binnen het onderzoekscentrum *Utrecht University Centre for Public Procurement (UUCePP)* van de Universiteit Utrecht is uitgevoerd.<sup>1451</sup> Dit onderzoek is dan ook (mede) tot stand gekomen in nauwe samenwerking en in continue dialoog met een interdisciplinair team van zowel juristen als onderzoekers uit de bestuurskundige en inkoop-technische wetenschap. Meer specifiek is dit onderzoek gevoed door belangrijke inzichten uit onderzoeken vanuit de bestuurskundige en inkoop-technische wetenschappen naar de organisatie van sociale diensten in Nederland.<sup>1452</sup>

1450. Over de keuze voor deze vier aspecten, zie: par. 1.4.2.

1451. Dit centrum – dat in 2020 is opgericht – werd voorafgegaan door het interuniversitaire samenwerkingsverband *Public Procurement Research Centre (PPRC)* dat in 2013 werd opgericht. Zie o.a.: Manunza 2010<sup>b</sup>; Manunza & Berends 2013; Manunza, Lohmann & Bouwman 2015; Janssen 2018; Uenk 2019. Zie ook de website van UUCePP met de kernthema’s van het onderzoekscentrum en publicaties van andere onderzoekers, via: <https://www.uu.nl/onderzoek/centre-for-public-procurement-uucepp> (laatst gezien: 22 april 2022).

1452. Uenk 2019. Ook is veelvuldig gebruik gemaakt van de onderzoeken van Uenk, Wind & Telgen naar de wijze waarop gemeenten sociale diensten organiseren, zie o.a.: Uenk e.a. 2018; Uenk, Wind & Telgen 2019.

In dit hoofdstuk worden de bevindingen uit de voorgaande hoofdstukken besproken en de daaruit voortvloeiende hoofdconclusies gepresenteerd. Op deze wijze wordt een antwoord geformuleerd op de hoofdvraag. Daarnaast zullen aanbevelingen worden gedaan om verwarring en onduidelijkheid bij het gebruik van de instrumenten tegen te gaan. Ook zullen enkele zorgspecifieke aanbevelingen worden gedaan.

## 9.2 CONCLUSIES EN BEVINDINGEN

### 9.2.1 De organisatie van sociale diensten: tussen nationale soevereiniteit en de Europese sociale markteconomie

Het EU-recht speelt een fundamentele rol bij de inrichting van de zorg. In hoofdstuk 2 is daartoe ingegaan op het EU-recht dat van toepassing is op de organisatie van sociale diensten. De EU en de lidstaten hebben op grond van artikel 4 VWEU gedeelde bevoegdheden op sociaal terrein en op het terrein van de interne markt. De lidstaten hebben dus bevoegdheden overgedragen aan de EU, die ook de organisatie van sociale diensten kunnen raken.

*Veel ruimte om sociale diensten te organiseren naar eigen traditie en voorkeuren*

Uit een bestudering van de reikwijdte van deze EU-bevoegdheden blijkt daarbij allereerst dat de EU, vanwege de onderscheiden historische context en culturele traditie van sociale diensten in de lidstaten, op sociaal terrein nauwelijks is opgetreden om regels vast te stellen voor deze diensten.<sup>1453</sup> De nadruk ligt op dit terrein op de nationale soevereiniteit die lidstaten hebben bij het organiseren van deze diensten, bijvoorbeeld als het gaat om: welke diensten als sociale diensten worden aangemerkt, de kwaliteitstandaard waaraan de diensten moeten voldoen, hoe de diensten worden gefinancierd en hoeveel geld daaraan wordt uitgegeven.

*EU-internemarktregels van toepassing bij uitbesteding sociale diensten*

Vervolgens is duidelijk geworden dat het vooral de EU-interne marktbevoegdheden zijn die maken dat gemeenten met EU-regels te maken hebben bij het organiseren van sociale diensten, namelijk wanneer zij besluiten deze diensten door derden, zijnde partijen die niet onder hun eigen organisatie vallen, te laten uitvoeren.<sup>1454</sup>

Met het doel een interne markt tot stand te brengen, met alle voordelen van dien voor de lidstaten, wordt de discretionaire vrijheid van lidstaten om (sociale) diensten te organiseren namelijk begrensd door regels die het vrij verkeer en de eerlijke en effectieve mededinging binnen de Unie waarborgen. Zo dienen gemeenten bij het gunnen van overheidsopdrachten het EU-aanbestedingsrecht in acht te nemen, bij het verlenen van subsidies de staatssteunregels en bij vergunningen de regels van het vrij verkeer.

Van belang is daarbij dat deze regels sinds het Verdrag van Lissabon van 2009 op grond van artikel 3 lid 3 VEU ten dienste staan aan de totstandkoming van een Europese sociale markteconomie. Onder deze sociale markteconomie – die uiteindelijk bijdraagt aan de hoofddoelstelling van de EU: de vrede, haar waarden en het

1453. Par. 2.2 en 2.3.

1454. Par. 2.5.

welzijn van haar burgers te bevorderen (art. 3 lid 1 VEU) – hebben lidstaten ruimte om binnen deze EU-interne marktregels ook rekening te houden met de specifieke behoeften en gebruiken die bij sociale diensten kunnen spelen. Op deze wijze beoogt de sociale markteconomie dan ook (1) dat lidstaten sociale diensten van goede kwaliteit (naar eigen ‘soevereine’ inzicht) kunnen realiseren, en (2) dat tegelijkertijd aan alle geïnteresseerde zorgaanbieders uit de EU een gelijke kans wordt geboden om deze diensten te kunnen aanbieden. Daarbij wordt willekeur, fraude en disproportionele voorwaarden bij het uitbesteden van sociale diensten aan zorgaanbieders tegengegaan.

Zo hebben lidstaten – zoals duidelijk blijkt uit jurisprudentie van het HvJ EU bijvoorbeeld in de zaken *Spezzino* (2014) en *CASTA* (2016) – onder het vrij verkeer ruimte om hun socialezekerheidsstelsel en ook hun organisatie van sociale diensten, passend in te richten en bepaalde nationale behoeften bij de inrichting daarvan na te streven.<sup>1455</sup> Er is in de EU-verdragen immers voorzien in verdragsuitzonderingen in het kader van de openbare orde, openbare veiligheid en de volksgezondheid op grond waarvan een nationale maatregel die het vrij verkeer belemmert, kan worden gerechtvaardigd. Ook bestaat er de *rule-of-reason*-exceptie op grond waarvan op basis van een dwingende reden van algemeen belang een rechtvaardiging voor een belemmering van het vrij verkeer kan worden gevonden. Die belemmering moet wel voldoen aan het proportionaliteitsbeginsel. Verder is bijvoorbeeld ook in de aanbestedingsrichtlijnen ruimte gecreëerd voor lidstaten om met de bijzondere behoeften van bepaalde diensten, zoals sociale diensten, rekening te houden. In dat verband kan een aanbestedingsprocedure, mits de mogelijkheden die de regulering biedt ook daadwerkelijk worden benut, een instrument zijn om sociale diensten van goede kwaliteit voor kwetsbare mensen te organiseren.<sup>1456</sup>

Tegelijk zien die regels er dus op toe dat geen discriminatie en ongelijke behandeling tussen alle geïnteresseerde zorgaanbieders voor het uitvoeren van sociale diensten plaatsvindt. Zo immers kan een Europese sociale markteconomie daadwerkelijk tot stand komen.

Ten slotte geldt dat deze EU-interne marktregels alleen van toepassing zijn op economische activiteiten.<sup>1457</sup> In Nederland zijn sociale diensten op dit moment georganiseerd als economische activiteiten, aangezien ze onder concurrerende omstandigheden (kunnen) worden aangeboden. Dit kan echter veranderen: er kan immers een politieke keuze worden gemaakt om bijvoorbeeld bepaalde sociale diensten – bijvoorbeeld bepaalde vormen van jeugdzorg – aan het economische verkeer te onttrekken; een dergelijke keuze om voortaan bepaalde diensten aan marktwerking – en dus aan concurrentie – te onttrekken moet dan wel duidelijk blijken uit het stelsel van wetgeving.

1455. Zie bijvoorbeeld de arresten *Sodemare*, *Spezzino* en *CASTA*, besproken in par. 2.5.3 en tevens uitgebreider in par. 8.4.

1456. Zie par. 2.5.3.

1457. Zie hierover met name: par. 2.6.2.



### 9.2.2 **Scheidslijnen tussen de overheidsopdracht en de rechtsinstrumenten subsidie, vergunning, concessie en het openhousemodel**

Vervolgens zijn in de hoofdstukken 3 tot en met 6 de diverse rechtsinstrumenten en de scheidslijnen tussen de overheidsopdracht en de andere instrumenten onderzocht. Aan de hand van deze scheidslijnen wordt duidelijk hoe overheden – in het sociaal domein: gemeenten – de overheidsopdracht van de subsidie, vergunning, concessie en het openhousemodel kunnen onderscheiden en wordt onduidelijkheid die in de praktijk over deze scheidslijnen bestaat, weggenomen. Daarnaast draagt het bij aan duidelijkheid over de scheidslijnen tussen deze instrumenten in het wetenschappelijk debat. Hieronder worden de bevindingen eerst in het algemeen weergegeven en in paragraaf 9.2.4 toegepast op de organisatie van sociale diensten.

#### 9.2.2.1 *EU-definitie overheidsopdracht leidend bij het identificeren van de scheidslijnen tussen instrumenten*

Om de scheidslijnen van de overheidsopdracht met andere instrumenten te identificeren, is in hoofdstuk 3 de EU-definitie van de overheidsopdracht zoals opgenomen in aanbestedingsrichtlijn 2014/24, als uitgangspunt genomen.<sup>1458</sup> Aan de hand van deze definitie kunnen de instrumenten namelijk van elkaar worden onderscheiden. Daarbij is van belang dat – door sluiting van de EU-Verdragen en het overdragen door de lidstaten van bevoegdheden aan de EU – een nieuwe autonome rechtsorde is ontstaan: de Europese Unie. Deze autonome rechtsorde kent eigen doelstellingen en ook een eigen begrippenkader. Het recht van de Unie, het Europees recht, is daarbij van hogere juridische rangorde en heeft voorrang op nationaal recht. EU-definities van een rechtsinstrument en het recht dat daarop van toepassing is, gaan dan ook voor op nationale definities en nationaal recht.

Om de doelen van de EU te bereiken en EU-regelgeving te effectueren, het zogenoemde ‘*effet utile*’, moeten dan ook alle activiteiten die zijn aan te merken als overheidsopdrachten (dan wel concessieopdrachten) in de zin van de EU-aanbestedingsrichtlijnen, voldoen aan de aanbestedingsregelgeving.<sup>1459</sup> Ontduiking van EU-recht, door het verkeerd labelen van instrumenten, moet in dat kader worden tegengegaan. Op grond daarvan moet elke handeling van de overheid die op nationaal niveau als subsidie of vergunning wordt bestempeld, maar die in werkelijkheid een overheidsopdracht of concessieopdracht is, voldoen aan deze EU-regelgeving. Op deze wijze kunnen namelijk de EU-doelstellingen van deze regelgeving worden bereikt. Worden deze instrumenten echter verkeerd ingezet – bijvoorbeeld als een instrument dat moet worden aangemerkt als een overheidsopdracht wordt gelabeld als een subsidie en daarom niet volgens een aanbestedingsprocedure wordt gegund – dan is sprake van ontduiking van EU-recht.

In dat kader moet dan ook de EU-overheidsopdracht als uitgangspunt worden genomen ter onderscheid met de andere instrumenten.

1458. Zie in het bijzonder hierover in: par. 3.5.1. Deze definitie is opgenomen in art. 2 lid 1 (5) Richtlijn 2014/23/EU en komt hierna nog aan de orde.

1459. Het gaat dan om Richtlijn 2014/24/EU voor de overheidsopdracht (klassieke sectoren) en Richtlijn 2014/23/EU voor de concessieopdracht.

*Wettelijke criteria overheidsopdracht*

Bij het vinden van de scheidslijnen tussen de overheidsopdracht en andere instrumenten, is dan ook aangesloten bij de EU-definitie van de overheidsopdracht, neergelegd in art. 2 lid 1 sub 5 Richtlijn 2014/24/EU en zoals ook geïmplementeerd in art. 1.1 Aw 2012.<sup>1460</sup> Deze definitie omvat namelijk de vereisten — hierna: de wettelijke criteria van de overheidsopdracht — om te spreken van een overheidsopdracht en bepaalt dus de reikwijdte van dit instrument. Deze cumulatieve criteria zijn in dit boek als volgt ingedeeld:

1. overeenkomsten onder bezwarende titel;
2. die schriftelijk zijn;
3. gesloten tussen (één of meerdere) ondernemers;
4. met (één of meerdere) aanbestedende diensten;
5. die betrekking hebben op de uitvoering van werken, de levering van producten of de verlening van diensten.

*Jurisprudentiële criteria overheidsopdracht*

Gebleken is, na een uitgebreide analyse van de jurisprudentie van het HvJ EU, dat deze wettelijke criteria niet voldoende zijn om een duidelijk onderscheid tussen de overheidsopdracht en andere instrumenten te kunnen maken.<sup>1461</sup> Het is vooral de uitleg die het HvJ EU aan deze criteria heeft gegeven en de invoering van aanvullende vereisten in zijn jurisprudentie, die duidelijke scheidslijnen aanreiken om de overheidsopdracht van de subsidie, vergunning, en het openhousemodel te onderscheiden. Deze scheidslijnen, ook wel jurisprudentiële criteria van de overheidsopdracht, betreffen:

(1a-c) Als onderdeel van het eerste wettelijke criterium ‘overeenkomst onder bezwarende titel’, de drie sub-criteria:

- a. het bestaan van een rechtstreeks economisch belang voor de aanbestedende dienst;
  - b. een afdwingbare uitvoeringsverplichting;
  - c. en een tegenprestatie bestaande in enig economisch voordeel; en
- (6) een aanvulling op de definitie met het criterium: exclusieve selectie (dat wil zeggen: het met exclusiviteit gunnen van contracten aan één of meerdere geïnteresseerden).

De scheidslijn tussen de overheidsopdracht en de subsidie en vergunning kan worden gevonden in wettelijk criterium (1) aangevuld met jurisprudentiële sub-criteria (1a-c) en de scheidslijn tussen de overheidsopdracht en het openhousemodel in jurisprudentieel criterium (6).

Daarbij zij opgemerkt dat hoewel de overige wettelijke criteria geen scheidslijnen bieden om de overheidsopdracht van andere instrumenten te onderscheiden, wel altijd ook daaraan moet worden getoetst, omdat ook de overige criteria van belang zijn om te kunnen spreken van een overheidsopdracht. Deze wettelijke criteria

<sup>1460</sup>. Zie in het bijzonder par. 3.5.2 en verder.

<sup>1461</sup>. Zie in het bijzonder par. 3.5.2, 3.5.3 en 3.5.5.

zijn bij de organisatie van sociale diensten echter snel vervuld. Zo is er snel voldaan aan:

- wettelijk criterium (2): de schriftelijkheidseis;
- wettelijk criterium (3): het zijn van ondernemer (aangezien dit een ruim begrip is, waarbij het niet zozeer gaat om de aard van de activiteit of de rechtsvorm, maar of sprake is van een economische activiteit, zie verder onder paragraaf 9.2.4.4);
- wettelijk criterium (4): gemeenten die sociale diensten organiseren zijn immers aanbestedende diensten;
- wettelijk criterium (5): het gaat in dit boek om de uitvoering van (sociale) diensten die vallen onder (art. 74 e.v. van) de aanbestedingsrichtlijn 2014/24/EU.<sup>1462</sup>

Dit kan als volgt schematisch worden weergegeven:

---

#### Criteria overheidsopdracht ter onderscheid met andere instrumenten

---

Wettelijke criteria	(1) Overeenkomst onder bezwarende titel	Scheidslijn met subsidie/ vergunning (zie: H3/H4)
	(2) Schriftelijkheidseis	Schriftelijke afspraak/e-mail is voldoende (zie: H3)
	(3) Ondernemer(s)	Ruim begrip dat iedere geïnteresseerde kan omvatten (zie: H3/H8)
	(4) Aanbestedende dienst(en)	Gemeente (zie: H3)
	(5) Uitvoering werken, leveringen of diensten	Sociale diensten zijn diensten die vallen onder art. 74 Richtlijn 2014/24/EU (zie: H3)
Jurisprudentiële criteria	(1a-c) <i>Sub-criteria overeenkomst onder bezwarende titel:</i> (a) Rechtstreeks economisch belang (b) Afdwingbare uitvoeringsplicht (c) Tegenprestatie: enig economisch voordeel	Scheidslijn met subsidie/ vergunning (zie: H3/H4)
	(6) Exclusieve selectie	Scheidslijn met openhouse-model (zie: H3/H5)

---

<sup>1462</sup>. Zie voor een korte bespreking van al deze vereisten: par. 3.5.4.

*Wettelijke en jurisprudentiële criteria ter onderscheid overheids- en concessieopdracht*

Ten slotte geldt ook dat de concessieopdracht van de overheidsopdracht moet worden onderscheiden. Dit instrument dat met Richtlijn 2014/23/EU op EU-niveau is geharmoniseerd, kent immers een eigen EU-definitie en staat dan ook op gelijke voet met de EU-definitie van de overheidsopdracht. Van belang blijken hier de inmiddels – naar aanleiding van de jurisprudentie van het HvJ EU – gecodificeerde wettelijke criteria van de concessieopdracht. Het betreft de scheidslijn:

- (7a) exploitatierecht; en
- (7b) overdracht van exploitatierisico.

Dit benoem ik als één scheidslijn, omdat deze criteria nauw met elkaar verweven zijn. Voor de vraag of sprake is van een concessieopdracht, gelden verder dezelfde criteria als voor een overheidsopdracht.

Schematisch komt dit neer op de volgende toevoeging aan bovenstaande tabel:

<b>Criteria ter onderscheid overheidsopdracht en concessieopdracht</b>		
Wettelijke criteria	(7a) Exploitatierecht (7b) Overdracht van exploitatierisico	Scheidslijn met concessieopdracht (zie: H6)

Daarnaast dient de EU-concessieopdracht ook van de vergunning, subsidie en het openhousemodel te worden onderscheiden. Hier gelden echter vergelijkbare wettelijke en jurisprudentiële criteria als bij het onderscheid tussen de overheidsopdracht en deze instrumenten. Daarover meer in paragraaf 9.2.2.5.

De doorslaggevende scheidslijnen zoals weergegeven in bovenstaande tabel, zullen hieronder in paragraaf 9.2.2.6 worden weergegeven in een overkoepelend beslisschema om in een specifiek geval de juiste keuze voor een instrument te kunnen maken.

#### 9.2.2.2 *Overeenkomst onder bezwarende titel vormt met jurisprudentiële sub-criteria duidelijke scheidslijn tussen overheidsopdracht en subsidie/vergunning*

In hoofdstuk 4 is ingegaan op de belangrijkste scheidslijn om de overheidsopdracht van de subsidie en de vergunning te onderscheiden: de overeenkomst onder bezwarende titel.<sup>1463</sup> Het gaat daarbij met name om de drie nadere sub-criteria – die onderdeel vormen van het begrip overeenkomst onder bezwarende titel – uit de jurisprudentie: het bestaan van een rechtstreeks economisch belang (a), de afdwingbare uitvoeringsverplichting (b) en de ruime uitleg van de tegenprestatie (enig economisch voordeel is voldoende) (c). Deze sub-criteria werken de tweezijdige relatie van een overeenkomst onder bezwarende titel verder uit.

<sup>1463</sup>. Deze scheidslijn van de overheidsopdracht is besproken in hoofdstuk 3 (par. 3.5.3) en verder toegepast op het onderscheid tussen de overheidsopdracht en de subsidie en vergunning in hoofdstuk 4, par. 4.3.

---

**Scheidslijn overheidsopdracht en subsidie/vergunning**


---

Wettelijk criterium	Overeenkomst onder bezwarende titel: prestatie voor een tegenprestatie
Jurisprudentiële criteria	Rechtstreeks economisch belang bij prestatie voor aanbestedende dienst
	Afdwingbare uitvoeringsverplichting
	Tegenprestatie: enig economisch voordeel wordt verstrekt

---

*Overheidsopdracht: een prestatie voor een tegenprestatie*

De overeenkomst onder bezwarende titel betekent in juridische zin een wederkerige overeenkomst: beide partijen moeten iets presteren. Het HvJ EU definieert deze overeenkomst dan ook als 'een prestatie voor een tegenprestatie'.<sup>1464</sup> Alle activiteiten die een prestatie voor een tegenprestatie inhouden, voldoen dan ook aan het belangrijke wettelijke criterium van de overheidsopdracht: de overeenkomst onder bezwarende titel. Met deze algemene definitie van de overeenkomst onder bezwarende titel wordt reeds een eerste scheidslijn van de overheidsopdracht met de subsidie en de vergunning zichtbaar. Deze laatste instrumenten betreffen namelijk in plaats van een tweezijdige, een eenzijdige rechtshandeling en zijn (in beginsel) geen overeenkomst. Bij de vergunning en de subsidie wordt door de overheid namelijk eenzijdig een subsidie toegekend, respectievelijk toestemming voor het uitvoeren van een activiteit gegeven.

Toch treedt, ondanks dit belangrijke verschil, verwarring tussen deze instrumenten en de overheidsopdracht op. Die verwarring ontstaat onder meer als de aanvrager bij een subsidie of vergunning door middel van een uitvoeringsovereenkomst een uitvoeringsverplichting krijgt opgelegd; dit is op basis van het Nederlandse bestuursrecht niet verboden.<sup>1465</sup> Deze uitvoeringsplicht maakt echter dat een tweezijdige verhouding ontstaat die voldoende kan zijn om de activiteit aan te moeten merken als een overheidsopdracht.

Daarnaast kan onduidelijkheid over scheidslijnen ontstaan vanwege aanwijzingen die worden gehanteerd om de subsidie van de overheidsopdracht – en vice versa – te onderscheiden.<sup>1466</sup> Zo wordt wel gesteld dat als slechts sprake is van een kostenvergoeding, dat dit een aanwijzing is dat geen sprake is van een overheidsopdracht, maar van een subsidie. Ook wordt wel gesteld dat als de activiteiten een algemeen belang dienen, dit een aanwijzing is dat sprake is van een subsidie, terwijl als de activiteiten in het belang van de overheid worden uitgevoerd, sprake is van een overheidsopdracht. Dergelijke aanwijzingen houden echter geen rekening met de

1464. Zie o.a. de besproken jurisprudentie van het HvJ EU in hoofdstuk 3 en 4: *Helmut Müller*, r.o. 48; *Scala*, r.o. 77; *Auroux/Roanne*, r.o. 45; *Stadt Köln*, r.o. 40.

1465. Deze mogelijkheid is voor de subsidie zelfs neergelegd in art. 4:36 Awb.

1466. Zie daarover met name par. 4.1 en 4.3. Zie o.a. *Handreiking PIANOo 2017*; *Handreiking Aanbesteden WMO 2015 en Jeugdwet 2017*. Zie echter ook dergelijke aanwijzingen ter onderscheid van een betaling en subsidie in: *Kamerstukken II 1993/94*, 23700, nr. 3, p. 33 (memorie van toelichting bij derde tranche Awb).

criteria die de Europese rechter in zijn jurisprudentie ter verduidelijking en nadere invulling van de overeenkomst onder bezwarende titel heeft gespecificeerd. Deze worden hierna als belangrijke (deel)scheidslijnen tussen de overheidsopdracht en de subsidie/vergunning, verder toegelicht.

*Scheidslijn (1a): rechtstreeks economisch belang bij uitvoering diensten*

Uit jurisprudentie van het HvJ EU blijkt allereerst – ter invulling van de overeenkomst onder bezwarende titel – dat de bedoelde prestatie als voorwerp van de overeenkomst, voor de aanbestedende dienst een rechtstreeks economisch belang moet inhouden.<sup>1467</sup> Een overheidsopdracht vereist dat de in het kader van de opdracht uit te voeren werken of te leveren diensten of goederen, in het rechtstreeks economisch belang van de aanbestedende dienst worden uitgevoerd. Daarvan blijkt snel sprake te zijn. Zo hoeft de overheid geen eigenaar van de werken, diensten of leveringen te worden, maar kan het economische belang ook liggen in de economische voordelen die de aanbestedende dienst aan het werk, de diensten of goederen zal ontleen of uit het feit dat hij een financieel belang heeft of risico's loopt bij economische mislukking van de werken, diensten of goederen.

Een rechtstreeks economisch belang bij de uitvoering van de opdracht vormt een belangrijke scheidslijn tussen de overheidsopdracht en de subsidie en vergunning. Een dergelijk belang ontbreekt immers in beginsel bij de subsidie en de vergunning, aangezien bij deze instrumenten de activiteit niet in de eerste plaats wordt uitgevoerd ten behoeve van de verstreckende autoriteit, maar ten behoeve van de ontvanger van de subsidie of vergunning. Het is dus niet zozeer de overheid, maar de ontvanger van de subsidie of de vergunning die bij deze instrumenten een (economisch) belang heeft. Dit kenmerk hangt in die zin nauw samen met de wederkerige dan wel de eenzijdige relatie die typerend is voor de verschillende instrumenten. Overigens zij opgemerkt dat sociale diensten altijd ten behoeve van derden, de cliënten, worden uitgevoerd; het gaat er hier echter om welke verhouding ontstaat tussen de overheid en opdrachtnemer dan wel aanvrager: is dat een tweezijdige relatie en heeft de overheid er een rechtstreeks belang bij dat de opdracht wordt uitgevoerd? Om onduidelijkheid tegen te gaan is van belang dat wanneer dit rechtstreeks economisch belang bij de uitvoering van de activiteit waarop de vergunning of de subsidie ziet wel ontstaat, een belangrijke element en dus vereiste uit de definitie van de overheidsopdracht is vervuld.

*Scheidslijn (1b): bij afdwingbare uitvoeringsverplichting snel sprake van overheidsopdracht*

Uit jurisprudentie van het HvJ EU volgt daarnaast dat de overeenkomst onder bezwarende titel inhoudt dat de opdrachtnemer – bij sociale diensten is dat de zorgaanbieder – zich voor een tegenprestatie *verbindt* tot de in de overeenkomst omschreven prestatie.<sup>1468</sup> Bij een wederkerige overeenkomst zoals de overheidsop-

1467. Zie par. 3.5.3.3 (vereiste in het algemeen) in combinatie met par. 4.3.2 (vereiste toegepast op scheidslijn met subsidie/vergunning). Analyse op basis van o.a. de arresten van het HvJ EU: *Helmut Müller*, r.o. 47 e.v.; *Remondis I*, r.o. 43 e.v.; *Stadt Köln*, r.o. 40 e.v.

1468. Zie over dit deelelement van de overeenkomst onder bezwarende titel par. 3.5.3.4 (vereiste in het algemeen) in combinatie met par. 4.3.3 (vereiste toegepast op scheidslijn met subsidie/vergunning). Zie voor de jurisprudentie van het HvJ EU o.a.: *Helmut Müller*, r.o. 60 e.v.; *Stadt Köln*, r.o. 49; *ASL Lecce*, r.o. 29; *Piepenbrock*, r.o. 26-27; *IBA Molecular Italy*, r.o. 31.

dracht, verbindt de zorgaanbieder er zich dus toe om de betreffende sociale diensten uit te voeren. Uit het feit dat de voortvloeiende verbintenissen juridisch bindend zijn, volgt volgens het HvJ EU ook dat de uitvoering ervan in rechte moet kunnen worden afgedwongen.<sup>1469</sup> Hieruit blijkt dan ook dat de overeenkomst onder bezwarende titel een afdwingbare uitvoeringsverplichting inhoudt.

Het is met name dit sub-criterium dat in de praktijk van groot belang blijkt om de overheidsopdracht juridisch op doorslaggevende wijze te onderscheiden van de subsidie en de vergunning. Op basis van het nationale recht is het namelijk niet verboden om bij een vergunning dan wel een subsidie een overeenkomst te sluiten, waarin een plicht tot uitvoering wordt opgenomen. Deze mogelijkheid is voor de subsidie zelfs opgenomen in art. 4:36 Awb. Van belang op dit punt is echter dat het koppelen van een uitvoeringsverplichting aan de instrumenten van de subsidie of een vergunning, ertoe leidt dat er een wederkerige relatie ontstaat, waardoor er sprake kan zijn van een overeenkomst onder bezwarende titel in de zin van de EU-definitie van de overheidsopdracht. Daarbij geldt dat een vergunning of subsidie met een afdwingbare uitvoeringsverplichting dus niet automatisch is aan te merken als een overheidsopdracht, maar dat met een dergelijke handeling aan een belangrijk sub-criterium van de overheidsopdracht is voldaan. Als vervolgens ook aan de overige vereisten van de overheidsopdracht is voldaan, dan is er sprake van een overheidsopdracht die moet worden aanbesteed. Bij sociale diensten zal bij het vervullen van dit sub-criterium snel sprake zijn van een overheidsopdracht.

*Scheidslijn (1c): tegenprestatie omvat ook (gedeeltelijke) kostenvergoeding*

Ten slotte vormt ook de tegenprestatie als tegenhanger voor de prestatie, een belangrijk onderdeel van de overeenkomst onder bezwarende titel.<sup>1470</sup> Op grond van jurisprudentie van het HvJ EU blijkt dat aan die tegenprestatie een ruime uitleg moet worden gegeven: daarvan is reeds sprake als er enig economisch voordeel voor de prestatie wordt verkregen.<sup>1471</sup> Zo is het vaste rechtspraak van het HvJ EU dat een tegenprestatie niet noodzakelijkerwijs een marktconforme betaling voor geleverde werken of diensten in hoeft te houden, maar dat ook een (gedeeltelijke) kostenvergoeding voldoende is om te spreken van een overheidsopdracht. Verder kan ook het verkrijgen van op geld waardeerbare voordelen zoals het (kosteloze) gebruik door de opdrachtnemer van een pand van de aanbestedende dienst of het bijdragen in de huur daarvan door de aanbestedende dienst, als een tegenprestatie worden aangemerkt. Evenwel moet worden opgemerkt dat wanneer er in het geheel geen tegenprestatie bestaat voor de geleverde diensten, dat dan geen sprake is van een overeenkomst onder bezwarende titel.

Dit sub-criterium van de tegenprestatie blijkt met name van belang om de overheidsopdracht van de subsidie te onderscheiden. Zoals hiervoor reeds kort aangestipt, heerst in de Nederlandse praktijk namelijk wel de gedachte dat een activiteit kan worden aangemerkt als een subsidie, wanneer er slechts sprake is van het vergoeden van de kosten. Ook worden aanwijzingen gehanteerd om het onderscheid

1469. Helmut Müller, r.o. 62; Stadt Köln, r.o. 49.

1470. Zie uitgewerkt in par. 3.5.3.5 (vereiste in het algemeen) in combinatie met par. 4.3.4 (vereiste toegestemd op scheidslijn met subsidie/vergunning).

1471. Zie de in de genoemde paragrafen besproken jurisprudentie van het HvJ EU o.a.: ASL Lecce, r.o. 29; Piepenbrock, r.o. 31; IBA Molecular Italy, r.o. 29; Stadt Köln, r.o. 44-51.

tussen de overheidsopdracht en de subsidie te maken die betrekking hebben op het verband tussen prestatie en betaling: als daartussen een duidelijk verband bestaat, bijvoorbeeld als sprake is van een marktconforme betaling, dan zou dat een aanwijzing zijn dat sprake is van een overheidsopdracht, is dat niet het geval dan zou sprake (kunnen) zijn van een subsidie.<sup>1472</sup> In het licht van de onderzochte jurisprudentie over de EU-definitie van de overheidsopdracht, is het echter irrelevant of er uitsluitend sprake is van een (gedeeltelijke) kostenvergoeding dan wel of er een verband is tussen betaling en prestatie. Ook in het geval dat geen sprake is van een marktconforme betaling, kan sprake zijn van een overheidsopdracht. Het gaat er namelijk om of er enig economisch voordeel wordt verkregen.

Op grond hiervan kan het dan ook zijn dat een financiële bijdrage die naar Nederlands recht wordt gezien als een subsidie, naar Europees recht moet worden aangemerkt als een overheidsopdracht. Gezien de voorrang van EU-recht op nationaal recht, moet in dat geval (ook) worden gesproken van een overheidsopdracht die door middel van een aanbestedingsprocedure dient te worden gegund.<sup>1473</sup>

### 9.2.2.3 *Exclusieve selectie vormt duidelijke scheidslijn tussen de overheidsopdracht en het openhousemodel*

In hoofdstuk 5 is ingegaan op de scheidslijn tussen de overheidsopdracht en het openhousemodel.<sup>1474</sup> Het HvJ EU heeft in de arresten *Falk Pharma* (2016) en *Tirkkonen* (2018) duidelijk uitgelegd dat 'de keuze van een inschrijving, en dus van een begunstigde, een element is dat intrinsiek verbonden is met het begrip overheidsopdracht als bedoeld in de aanbestedingsrichtlijnen'.<sup>1475</sup> Daaruit volgt dat voor het bestaan van een overheidsopdracht vereist is, dat uit een groep geïnteresseerde ondernemers voor een overheidsopdracht door een aanbestedende dienst één of een aantal worden geselecteerd aan wie met exclusiviteit een contract wordt gegund. Alleen dan is sprake van een overheidsopdracht.

Het Hof baseert dit vereiste van (exclusieve) selectie met name op de doelen van de aanbestedingsrichtlijnen.<sup>1476</sup> De aanbestedingsrichtlijnen zijn er namelijk op gericht het risico uit te sluiten dat de aanbestedende diensten bij het plaatsen van een opdracht de voorkeur geven aan nationale inschrijvers of gegadigden. Wanneer echter geen selectie wordt gemaakt uit geïnteresseerde ondernemingen, zal het risico van favoritisme dat door de aanbestedingsregels wordt voorkomen, niet plaatsvinden. Daarom is het volgens het HvJ EU dan ook niet nodig bij het toepassen van een open systeem, waarin geen exclusieve selectie plaatsvindt, de aanbestedingsregels toe te passen.

1472. Voor meer van dergelijke aanwijzingen die in de praktijk worden gebruikt maar niet in lijn zijn met EU-recht, zie par. 4.2.1.2.

1473. Daarbij geldt dus dat ook aan de overige vereisten van de overheidsopdracht moet zijn voldaan. Onder meer is ook van belang het vereiste van exclusieve selectie, zoals wordt besproken in de volgende paragraaf (9.2.2.3).

1474. Zie met name: par. 5.2.

1475. Deze arresten worden besproken in par. 5.2; zie: *Tirkkonen*, r.o. 30; *Falk Pharma*, r.o. 38.

1476. Zie par. 5.2.2 en *Falk Pharma*, r.o. 34 e.v.; *Tirkkonen*, r.o. 29.



Uit *Tirkkonen* volgt dat de essentie van deze exclusieve selectie bestaat uit de vraag of er gunningscriteria – criteria voor het vergelijken en rangschikken van de ontvankelijke inschrijvingen – zijn vastgesteld om een selectie te maken uit alle geïnteresseerde ondernemers.<sup>1477</sup> Ik heb ervoor gekozen om de scheidslijn echter ruimer aan te duiden met ‘exclusieve selectie’, om ook die situaties te omvatten waarin verkapte gunningscriteria worden gebruikt of waarin de aanbestedingsrichtlijn wordt omzeild door een openhousemodel met loting toe te passen om een overheidsopdracht met exclusiviteit te gunnen.<sup>1478</sup> Benadrukt moet echter worden dat bij het enkel toetsen van de geschiktheid en bekwaamheid van inschrijvers geen sprake is van een overheidsopdracht, ook al kan dit tot een selectie van inschrijvers leiden. Het gaat bij een overheidsopdracht om exclusieve selectie op basis van de inschrijvingen van alle geïnteresseerden.

---

### Scheidslijn overheidsopdracht met openhousemodel

---

Jurisprudentieel criterium	Exclusieve selectie: zijn er gunningscriteria vastgesteld om een vergelijking of rangschikking te maken tussen geïnteresseerden?
----------------------------	--

---

Elk open systeem – in Nederland sinds *Falk Pharma* doorgaans openhousemodel genoemd – waarmee met alle ondernemers die aan vooraf vastgestelde (objectieve) randvoorwaarden voldoen een contract wordt gesloten, en dus geen selectie wordt gemaakt om met exclusiviteit contracten aan één of meerdere geïnteresseerden te gunnen, maar (inherent daaraan) de keuze voor een van de gecontracteerde aanbidders aan derden wordt overgelaten, valt dan ook niet onder de werking van de aanbestedingsrichtlijnen en is geen overheidsopdracht. In bepaalde gevallen kunnen ook de niet-schaarse vergunning en subsidie, als die worden verleend aan eenieder die aan bepaalde (rand)voorwaarden voldoet, op basis van deze scheidslijn van exclusieve selectie van de overheidsopdracht worden onderscheiden.<sup>1479</sup>

#### 9.2.2.4 Exploitatieright en overdracht van exploitatierisico vormen scheidslijn tussen de overheids- en concessieopdracht

In hoofdstuk 6, waarin de concessieopdracht centraal staat, is de scheidslijn tussen de overheids- en concessieopdracht aan de orde gekomen. Twee (cumulatieve) criteria voor het bestaan van een concessieopdracht, blijken van belang om deze instrumenten van elkaar te onderscheiden: het exploitatieright en de overdracht van exploitatierisico.<sup>1480</sup> Net als bij een overheidsopdracht is bij een concessieopdracht sprake van een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel voor het laten uitvoeren van een bepaalde activiteit waaraan een uitvoeringsverplichting is gekoppeld. De tegenprestatie bestaat bij een concessieopdracht echter uit een *exploitatieright*, eventueel in combinatie met het recht op betaling.

1477. Zie in het bijzonder par. 5.2.4 en 5.3.

1478. Zie par. 5.3. Zoals in die paragraaf besproken vormt loting mogelijk niet altijd exclusieve selectie, maar zal dat vaak wel die vorm aannemen.

1479. Zie par. 3.5.5.2.

1480. Zie par. 6.2.1 en in het bijzonder: par. 6.4.

Zoals het HvJ EU heeft uitgelegd in jurisprudentie, impliceert dit exploitatierecht daarbij de overdracht van exploitatierisico, het tweede criterium.<sup>1481</sup> Beide criteria zijn inmiddels dan ook gecodificeerd in de concessierichtlijn in art. 5 lid 1 sub a en b van Richtlijn 2014/23/EU.<sup>1482</sup>

Uit een analyse van de jurisprudentie en de bepalingen en considerans van de concessierichtlijn, blijkt daarbij dat het criterium van het exploitatierecht ruim moet worden opgevat en dat – mede daardoor – het tweede criterium, de overdracht van exploitatierisico, meer nadruk heeft gekregen.<sup>1483</sup> Het verkrijgen van een exploitatierecht blijkt namelijk niet enkel te zien op het recht om vergoedingen te innen van derden. Daarvan kan zelfs ook sprake zijn bij een rechtstreekse betaling door een aanbestedende dienst, *mits* het terugverdienen van de investeringen en de kosten die door de ondernemer zijn gemaakt, afhangt van de werkelijke vraag naar of het aanbod van de dienst of het goed; het tweede criterium dus.<sup>1484</sup> Toegepast op sociale diensten zou hier kunnen worden gedacht aan de situatie dat een gemeente aan één zorgaanbieder opdraagt voor een bepaald budget alle jeugdzorg te organiseren; voor dat budget moet deze zorgaanbieder dan de gehele zorg organiseren (ook wel: ‘exploiteren’).<sup>1485</sup> Essentieel voor het vaststellen of sprake is van een overheids- of concessieopdracht is dan ook dat het exploitatierisico is overgedragen.

In de jurisprudentie heeft het HvJ EU diverse aanwijzingen gegeven om vast te stellen of sprake is van een overdracht van exploitatierisico. In de concessierichtlijn zijn de (cumulatieve) vereisten om te kunnen vaststellen of sprake is van een exploitatierisico gecodificeerd.<sup>1486</sup> Deze betreffen:

- i. het operationeel risico vloeit voort uit de exploitatie van de werken of diensten;
- ii. het exploitatierisico bestaat uit een vraag en/of aanbodrisico;
- iii. er is geen garantie dat gedane investeringen en/of exploitatiekosten worden terugverdiend;
- iv. er is sprake van werkelijke blootstelling aan de grillen van de markt, hetgeen betekent dat potentiële verliezen niet louter nominaal of verwaarloosbaar zijn.

---

#### **Scheidslijn overheidsopdracht/concessieopdracht**

---

Wettelijke criteria	(7a) Exploitatierecht
	<b>(7b) Overdracht van exploitatierisico:</b>
	(i) operationeel risico
	(ii) risico van vraag en/of aanbod
	(iii) geen garanties terugverdienen investeringen
	(iv) potentiële verliezen niet louter nominaal of verwaarloosbaar

---

1481. Par. 6.4 en zie o.a.: *Eurawasser, Stadler Passau en Norma-A SIA*.

1482. In art. 1.1 Aw 2012 staat overigens nog steeds alleen het eerste vereiste.

1483. Zie in het bijzonder par. 6.4.2 en 6.4.3 en de in deze paragrafen besproken jurisprudentie van het HvJ EU, o.a.: *Eurawasser, Stadler Passau en Norma-A SIA*.

1484. Dit blijkt bijv. duidelijk uit de considerans bij Richtlijn 2014/23/EU, punt 18.

1485. In par. 6.5 ga ik daar uitgebreid op in.

1486. Art. 5 lid 1 Richtlijn 2014/23/EU.

### 9.2.2.5 *Scheidslijnen concessieopdracht versus subsidie, vergunning, openhousemodel vergelijkbaar met overheidsopdracht*

Ten slotte zijn in dit boek ook kort de scheidslijnen tussen de EU-concessieopdracht en de subsidie, vergunning en het openhousemodel aan de orde gekomen.<sup>1487</sup> Ook de concessieopdracht — net zoals de overheidsopdracht — dient namelijk van deze instrumenten te worden onderscheiden. In dat opzicht geldt ook hier evenals bij de overheidsopdracht, dat zodra aan de vereisten uit de EU-definitie van de concessieopdracht is voldaan, de activiteit moet worden aangemerkt als een concessieopdracht.<sup>1488</sup> Voor dit onderscheid zijn dan dezelfde criteria van belang als die gelden bij het onderscheid tussen de overheidsopdracht en genoemde instrumenten, zoals reeds genoemd in paragraaf 9.2.2.2 en 9.2.2.3.

#### *Overeenkomst onder bezwarende titel scheidslijn concessieopdracht en subsidie/vergunning*

Om te kunnen spreken van een concessieopdracht geldt, evenals bij een overheidsopdracht, dat sprake moet zijn van een overeenkomst onder bezwarende titel: een prestatie voor een tegenprestatie.<sup>1489</sup> Net als bij een overheidsopdracht kan bij de concessieopdracht daarin de scheidslijn worden gevonden met een subsidie en vergunning. Wanneer immers daarvan sprake is, zal (snel) sprake zijn van een concessieopdracht (ofwel van een overheidsopdracht: als dus geen exploitatierecht en -risico wordt overgedragen). Ook hier moet dat worden vastgesteld aan de hand van de sub-criteria van de overeenkomst onder bezwarende titel: het bestaan van een rechtstreeks economisch belang (i), een afdwingbare uitvoeringsverplichting (ii) en een tegenprestatie (enig economisch voordeel) (iii). Daarbij kan de tegenprestatie bij een concessieopdracht enkel bestaan uit een exploitatierecht en hoeft dit dus geen betaling of vergoeding van de aanbestedende dienst te betreffen. Ook hier geldt dat op het moment dat sprake is van een afdwingbare uitvoeringsverplichting bij een zogenoemde vergunning of subsidie, snel sprake zal zijn van een concessieopdracht.<sup>1490</sup>

#### *Exclusieve selectie scheidslijn tussen concessieopdracht en openhousemodel*

Voor het onderscheid tussen de concessieopdracht en het openhousemodel is, net als bij het onderscheid tussen dit instrument en de overheidsopdracht, de scheidslijn van exclusieve selectie van belang.<sup>1491</sup> Ook hier geldt dat wanneer door de overheid geen keuze wordt gemaakt tussen geïnteresseerde ondernemers en contracten niet met exclusiviteit aan een of meerdere opdrachtnemers worden gegund, dat dan geen sprake is van een concessieopdracht. De concessierichtlijn ziet immers alleen op een dergelijke exclusieve selectie en de bescherming van ondernemers gedurende dat selectieproces (de aanbestedingsprocedure).

1487. Par. 6.6.

1488. Dit geldt eveneens voor nationale concessies die buiten het aanbestedingsrecht worden gehouden, zie par. 6.7.

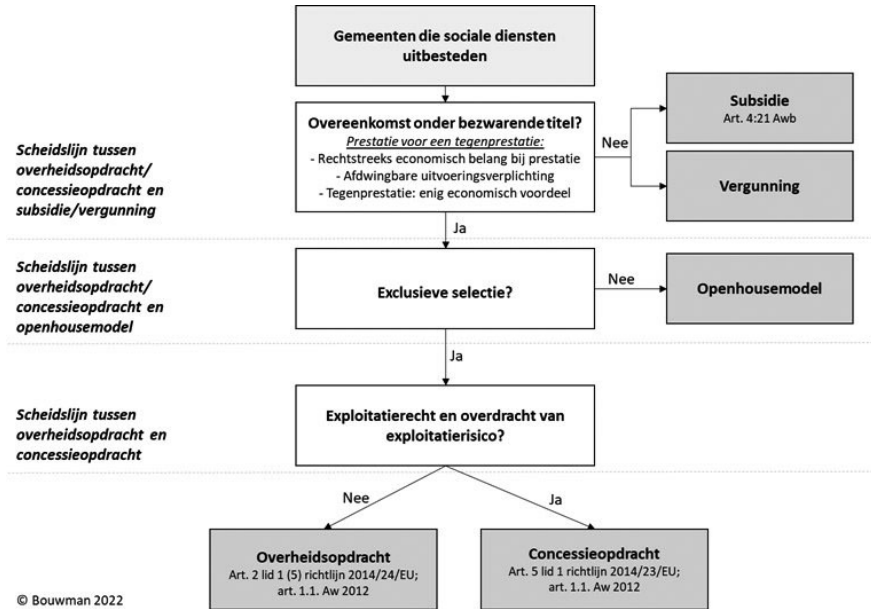
1489. Par. 6.6.1.

1490. Par. 6.6.1.

1491. Par. 6.6.2.

### 9.2.2.6 *Beslisschema: kiezen uit instrumenten om sociale diensten te organiseren*

In het volgende beslisschema is schematisch weergegeven hoe – rekening houdend met de scheidslijnen tussen de instrumenten – door gemeenten die sociale diensten uitbesteden in een specifiek geval een keuze voor een instrument kan worden gemaakt.



### 9.2.2.7 *Identificatie overheidsrollen: de overheid als opdrachtgever, poortwachter of supporter*

Uit een analyse van de instrumenten zijn in dit onderzoek ook een drietal rollen van de overheid geïdentificeerd die het onderscheid tussen de instrumenten illustreren en nader verduidelijken: de overheid als opdrachtgever, supporter of poortwachter.<sup>1492</sup> Bij het sluiten van een overheids- en concessieopdracht heeft de overheid duidelijk een opdrachtgeversrol. Daarbij past een overeenkomst onder bezwarende titel aangezien de opdrachtgever de uitvoering van een taak zeker wil stellen. Exclusieve selectie is daarbij – meestal – gewenst: er moeten één of meerdere uitvoerders worden gecontracteerd.

Bij een subsidie ontbreekt een opdrachtgeversrelatie en gaat het meer om een stimulerende of ondersteunende rol van de overheid; een overeenkomst onder bezwarende titel is dan ook in beginsel niet passend. Bij de vergunning neemt de overheid de rol aan van een poortwachter, die toestemming geeft tot het uitvoeren van een activiteit zodra aan randvoorwaarden is voldaan; verdere selectie is in beginsel aan de maatschappij overgelaten. Ook hier is dan ook geen overeenkomst onder bezwarende titel nodig. Is dat wel het geval dan komt de overheid al snel in haar opdrachtgeversrol. Het openhousemodel bevindt zich in dit schema tussen de opdrachtgeversrol en de poortwachtersrol in: er is hier zowel sprake van een opdracht (een

1492. Dit is besproken in hoofdstuk 4, zie par. 4.4.

contract), als van een open stelsel waarbij de overheid geen selectie maakt, maar alleen toetst of aan de toetredingsvoorwaarden is voldaan.

#### 9.2.2.8 *Involed EU-aanbestedingsrecht op verdeling schaarse subsidies en vergunningen*

Van belang is ten slotte dat de juridische kaders van overheidsopdrachten, subsidies en vergunningen – door beïnvloeding van nationale beginselen door EU-recht – in zekere mate naar elkaar toe bewegen.<sup>1493</sup> Bij de verdeling van schaarse subsidies of vergunningen, dat wil zeggen: als er meer aanvragers zijn dan beschikbare subsidies of vergunningen, gaan namelijk op grond van het nationale gelijkheidsbeginsel vergelijkbare regels gelden als bij de gunning van overheidsopdrachten. Dit nationale gelijkheidsbeginsel is duidelijk geïnspireerd door het EU-(aanbestedings)recht.

De Nederlandse bestuursrechter heeft in dat verband geoordeeld dat er in het Nederlandse recht een rechtsnorm is, die ertoe strekt dat bij de verdeling van deze schaarse subsidies en vergunningen aan (potentiële) gegadigden ruimte moet worden geboden om mee te dingen naar de schaarse vergunning en subsidie.<sup>1494</sup> Daarnaast oordeelt de rechter dat daaruit ook een transparantieverplichting voortvloeit, die inhoudt dat bestuursorganen bij de verlening en verdeling van schaarse vergunningen verplicht zijn alle potentiële gegadigden gelijkelijk te laten meedingen. In dat kader moeten bestuursorganen ook een ‘passende mate van openbaarheid’ garanderen met betrekking tot de beschikbaarheid van de schaarse vergunning (i); de verdelingsprocedure; (ii); het aanvraagtijdvak (iii); en de van toepassing zijnde criteria (iv). Zoals A-G Widdershoven in zijn conclusie bij een zaak over de verdeling van schaarse vergunningen duidelijk laat zien, is dit nationale beginsel ingekleurd door normen uit het Unierecht. Op grond daarvan dient een dergelijke verplichting tot het bieden van mededingingsruimte aan (potentiële) gegadigden te worden aangenomen.<sup>1495</sup>

Uit deze ontwikkeling in het nationale bestuursrecht blijkt dat EU-normen over de verdeling van schaarse rechten, via het nationale gelijkheidsbeginsel, zijn erkend in het nationale recht. Hoewel voor schaarse subsidies en vergunningen geen aanbestedingsverplichting geldt – er kan ook een andere verdelingsmethode worden gekozen – gaan dan ook vergelijkbare regels een rol spelen die net als in het aanbestedingsrecht gelden om te waarborgen dat ook bij de verdeling van schaarse vergunningen en subsidies met name de fundamentele rechtsbeginselen van gelijke behandeling en non-discriminatie worden gewaarborgd.

1493. Zie over dit thema: par. 4.6.

1494. Zie meer hierover in par. 4.2.3 en 4.6 en zie: ABRvS 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2927, r.o. 8 (schaarse vergunning); en zie bijhorende Conclusie van A-G Widdershoven van 25 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1421. Zie daarnaast: ABRvS 11 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2310, r.o. 7.1 (schaarse subsidie).

1495. Conclusie van A-G Widdershoven van 25 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1421.

### 9.2.3 Juridische status openhousemodel

In hoofdstuk 5 is ook de juridische status van het openhousemodel onderzocht.<sup>1496</sup> Er is in Nederland namelijk weinig bekend over de regels die op het openhousemodel van toepassing zijn. Op dit vlak bestaat dan ook rechtsonzekerheid. Uit een analyse van de karakteristieken van dit instrument is gebleken dat bij het toepasbaar recht op het openhousemodel, vooral moet worden aangesloten bij de regels die op vergunningstelsels van toepassing zijn. Hoewel het openhousemodel van een vergunning verschilt in het feit dat overeenkomsten onder bezwarende titel worden gesloten, is de essentie van het openhousemodel – namelijk: het toetredingssysteem – vergelijkbaar met een vergunningstelsel. Bij beide instrumenten worden immers (rand)voorwaarden aan ondernemers gesteld om bepaalde taken te mogen dan wel te moeten uitvoeren.

Als gevolg daarvan geldt ook voor het openhousemodel – evenals bij vergunningstelsels – dat wanneer sprake is van een grensoverschrijdend belang, het stelsel is onderworpen aan de vrijverkeersregels en de fundamentele beginselen van het VWEU, in het bijzonder de beginselen van non-discriminatie en gelijke behandeling van ondernemers en de daaruit voortvloeiende transparantieplichting.<sup>1497</sup> Dit bevestigt het HvJ EU ook in het *Falk Pharma*-arrest.<sup>1498</sup>

Op grond van deze EU-regels is allereerst een ‘passende bekendmaking’ van (de te verkrijgen overeenkomsten in) het openhousemodel vereist die mogelijk belangstellende ondernemers toestaat naar behoren kennis te nemen van het verloop en de wezenlijke kenmerken van de procedure.<sup>1499</sup> Dit betekent een lichtere bekendmakingsplicht dan bij aanbestedingen; zo zou ook de publicatie op een website van de gemeente voldoende kunnen zijn. Is de toetredingstijd tot het openhousemodel met duidelijk grensoverschrijdend belang echter beperkt, dan zorgt dit weer voor een zwaardere bekendmakingsplicht; alle geïnteresseerden moeten dan immers op tijd op de hoogte kunnen komen van het openhousemodel. Bekendmaking zou in Nederland dan kunnen worden gedaan via het platform TenderNed, waarop ook de aankondigingen van EU-overheidsopdrachten worden gedaan.<sup>1500</sup>

Op grond van deze EU-regels mogen daarnaast de toetredingsvoorwaarden die binnen het openhousemodel worden gesteld het vrij verkeer niet belemmeren, tenzij daarvoor een objectieve rechtvaardigingsgrond bestaat. Zo is een (belemmerende) taal-, kwaliteits- of bekwaamheidseis als voorwaarde voor toetreding, slechts toegestaan als deze niet-discriminerend is (i), daarvoor een dwingende reden van algemeen belang bestaat (ii) en deze eis geschikt en noodzakelijk is om het nagestreefde doel te bereiken (de evenredigheidstoets) (iii). Daarbij zal het doel om sociale diensten van goede kwaliteit te organiseren – op basis van de gronden sociaal beleid of de goede uitvoering van een dienst van algemeen belang – een voldoende belangrijke reden kunnen vormen om een belemmering (bijvoorbeeld het stellen

1496. Par. 5.4.

1497. Par. 5.4.4 en 5.4.5 (vereisten toegepast op sociale diensten).

1498. *Falk Pharma*, r.o. 44.

1499. Zie *Falk Pharma*, r.o. 45.

1500. Par. 5.4.5.3.

van bepaalde toetredingseisen) te rechtvaardigen, mits deze maatregel of eis geschikt, noodzakelijk en proportioneel is om dat doel te bereiken.<sup>1501</sup>

Voorts geldt dat alle randvoorwaarden voor toetreding tot een openhousemodel objectief (en niet discriminerend) moeten zijn om willekeur te voorkomen en dat zij dus proportioneel moeten zijn. Bovendien geldt bij een openhousemodel dat alle voorwaarden vooraf door de aanbestedende dienst moeten worden vastgesteld; wederom om willekeur te voorkomen. Onderhandelen over de voorwaarden van toetreding en de fundamentele aspecten van de overeenkomst, zoals prijs of omvang van de opdracht, is dus niet mogelijk.<sup>1502</sup>

Naar Nederlands recht geldt ten slotte dat het besluit van een bestuursorgaan (hier: de organen van een gemeente) tot toelating van een zorgaanbieder tot een openhousemodel, is aan te merken als een Awb-besluit waarop de Awb van toepassing is.<sup>1503</sup> Op grond daarvan zijn de al dan niet gecodificeerde abbb van toepassing op de toetredingsbeslissing. Daarnaast ziet het openhousemodel op het sluiten van een overeenkomst. Dit onderdeel van het openhousemodel valt onder het privaatrecht, waarop de bepalingen uit het BW van toepassing zijn. Via de weg van art. 3:14 BW (en 3:1(2) Awb) zijn op deze overeenkomst ook de (geschreven en ongeschreven) abbb uit het bestuursrecht van toepassing. De bevoegde rechter om over geschillen over het toelatingsbesluit en de overeenkomst te oordelen, is de civiele rechter. Op grond van art. 8:3 lid 2 Awb vallen geschillen over besluiten ter voorbereiding van privaatrechtelijk handelen namelijk niet onder de bestuursrechter.

#### 9.2.4 De goede organisatie van zorg ten behoeve van huidige en toekomstige generaties

De scheidslijnen tussen rechtsinstrumenten zijn in dit onderzoek met name onderzocht met het oog op de organisatie van sociale diensten. Aan de hand van de hiervoor beschreven scheidslijnen hebben gemeenten in dat kader allereerst duidelijkheid over de instrumenten die zij kunnen kiezen, en verder onder welke juridische voorwaarden zij die kunnen gebruiken. Daarnaast is in de hoofdstukken 3 tot en met 6 ook geanalyseerd wat de voor- en/of nadelen van een keuze voor het ene dan wel het andere instrument (kunnen) zijn op de goede organisatie van zorg voor cliënten. Hieronder staan deze zorgspecifieke bevindingen uit het onderzoek centraal.

##### 9.2.4.1 Duidelijke scheidslijnen tussen instrumenten in het sociaal domein

Ook in het sociaal domein moeten de hierboven geïdentificeerde scheidslijnen tussen de overheidsopdracht en de subsidie, vergunning, het openhousemodel en de concessieopdracht in acht worden genomen. Een handeling van de gemeente, die aan de EU-definitie van de overheidsopdracht voldoet, dient als een overheidsopdracht te worden aangemerkt en overeenkomstig de aanbestedingsrichtlijnen

1501. Par. 5.4.5.1.

1502. Par. 5.4.5.2 en par. 5.4.5.4.

1503. Par. 5.4.7.

te worden aanbesteed.<sup>1504</sup> Als een instrument dat is gelabeld als een subsidie dan ook de vorm krijgt van een overeenkomst onder bezwarende titel (zoals hierboven ingevuld aan de hand van de jurisprudentie), dan is sprake van een overheidsopdracht. Als een overeenkomst onder bezwarende titel zonder exclusieve selectie aan iedere geïnteresseerde wordt gegund, dan is sprake van een openhousemodel dat niet onder de aanbestedingsregels valt. Uit de analyse van de scheidslijn tussen de overheids- en de concessieopdracht specifiek voor sociale diensten, is daarbij naar voren gekomen dat sommige overheidsopdrachten voor sociale diensten zich in de praktijk bewegen richting een concessieopdracht; een ander instrument met een ander rechtskader.<sup>1505</sup> Bijvoorbeeld in het geval waarin één of meer zorgaanbieders voor een bepaald budget diverse sociale diensten voor een bepaalde regio moeten organiseren en het terugverdienen van de investeringen en de kosten die door de zorgaanbieder(s) zijn gemaakt, daadwerkelijk afhangt van de vraag naar of het aanbod van de dienst. Het risico mag daarbij niet louter nominaal of verwaarloosbaar zijn.

#### 9.2.4.2 *Toetsing niet-gereguleerde inkoopprocedures sociaal domein*

In het sociaal domein wordt daarnaast gebruik gemaakt van diverse in de inkoop-technische/bestuurskundige wetenschappen – ook in samenwerking met de praktijk – ontwikkelde inkoopprocedures; dit is diepgaander besproken in hoofdstuk 7. Het gaat dan om: het Zeeuws model, de Dialooggerichte procedure, Prestatie-inkoop en de Onderhandelingsprocedure sociaal domein (OSD).<sup>1506</sup> Sommige van deze procedures worden ook wel onder het verlichte aanbestedingsregime van 2.39 Aw 2012 geschaard: de zogenoemde SAS-procedure, die veel ruimte laat voor eigen invulling door gemeenten. Ook voor deze procedures zal echter steeds moeten worden getoetst of al dan niet sprake is van een overheidsopdracht; in dat geval moeten de aanbestedingsregels voor sociale diensten worden toegepast. Is daarentegen sprake van een openhousemodel, zoals doorgaans bij het Zeeuws model het geval zal zijn, dan is geen sprake van een overheidsopdracht en gelden de EU- en/of nationale voorwaarden die van toepassing zijn op een openhousemodel.

##### 9.2.4.2.1 *Onderhandelingen bij aanbesteden van sociale diensten toegestaan?*

Bij het toetsen van deze inkoopprocedures aan het aanbestedingsrecht bleek allereerst dat een aantal elementen van deze procedures in spanning, en soms zelfs in strijd met het aanbestedingsrecht zijn.<sup>1507</sup> Zo geldt op grond van het aanbestedingsrecht dat onderhandelingen en dialoogsessies om de eisen en voorwaarden van de overeenkomst(en) vast te stellen – wat bij veel van de niet-gereguleerde procedures terugkomt – op grond van het aanbestedingsrecht onrechtmatig kunnen zijn, namelijk als zij worden gehanteerd om een opdracht te gunnen.<sup>1508</sup> De inschrijvingen moeten immers allemaal op dezelfde wijze worden beoordeeld aan de hand

1504. Zie met name par. 3.5; par. 4.3 (toegepast op scheidslijn met subsidie/vergunning) en par. 5.2 (toegepast op scheidslijn met openhousemodel).

1505. Zie over concessieopdrachten voor sociale diensten in het bijzonder par. 6.5.

1506. Deze procedures volgen uit de Monitor Gemeentelijke Zorginkoop 2020: Uenk & Wind 2020.

1507. Zie voor de toets van deze procedures aan het aanbestedingsrecht in het bijzonder par. 7.3.

1508. Zie par. 7.3.6.



van door de gemeente vastgestelde objectieve maatstaven (gunningscriteria). Dialoog en onderhandeling met zorgaanbieders is daarbij alleen mogelijk tijdens een marktconsultatie voorafgaand aan een aanbestedingsprocedure of binnen een procedure waarin de stappen van de concurrentiegerichte dialoog of de mededingingsprocedure met onderhandeling worden gevolgd; het is daarbij aan de Nederlandse wetgever om deze ruimte in de SAS-procedure van art. 2.39 Aw 2012 te expliciteren.

Van belang met name voor de procedure Prestatie-inkoop, is dat na gunning van een contract slechts heel beperkt ruimte bestaat om de details van de overeenkomst verder te concretiseren. Dit mag in geen geval de (harde) eisen, voorwaarden en omvang van de opdracht betreffen, anders is sprake van een wezenlijke wijziging van de opdracht die (opnieuw) moet worden aanbesteed. Dit mag daarnaast niet tot gevolg hebben – zoals bijvoorbeeld bij de procedure Prestatie-inkoop het geval zou kunnen zijn – dat winnende inschrijvers alsnog geen contract krijgen, omdat zij in de concretiseringsfase niet akkoord gaan met de nadere afspraken. De overeenkomst wordt immers gesloten op basis van de gevolgde aanbestedingsprocedure en een dergelijke extra fase laat te veel ruimte voor overheden om zorgaanbieders alsnog willekeurig uit te kiezen.

#### 9.2.4.2.2 Interviews bij aanbesteden van sociale diensten toegestaan?

Een ander element dat op gespannen voet staat met het aanbestedingsrecht, betreft het houden van interviews met sleutelfunctionarissen als (sub-)gunningscriterium – wat bijvoorbeeld bij Prestatie-inkoop plaatsvindt.<sup>1509</sup> Het houden van interviews is een subjectieve methode om inschrijvingen (of inschrijvers) te beoordelen, waarbij de kans bestaat dat gekozen wordt op basis van niet-relevante persoonskenmerken van de geïnterviewde. Ook bestaat het risico dat de persoon bij gunning van de opdracht niet meer werkzaam is bij de inschrijver; aangezien de gunning dan (deels) is gebaseerd op basis van die persoon, kan de opdracht dan niet meer aan de betreffende inschrijver worden gegund. Desondanks acht de Nederlandse rechter een interview niet per definitie ontoelaatbaar, maar er moet dan aan strikte transparantieplichtingen worden voldaan: het dient voor een kandidaat-inschrijver duidelijk te zijn wat van hem wordt verwacht (i); de inschrijvingen dienen aan de hand van een zo objectief mogelijk systeem te worden beoordeeld (ii) en de gunningsbeslissing dient zodanig inzichtelijk te worden gemotiveerd dat het voor de afgewezen inschrijvers mogelijk is om de wijze waarop de beoordeling heeft plaatsgevonden te toetsen (iii).<sup>1510</sup>

#### 9.2.4.2.3 Functioneel specificeren en risico-kansendossier bij aanbesteden sociale diensten toegestaan?

Bij andere elementen van de niet-gereguleerde procedures, zoals functioneel specificeren en het uitvragen van een risico-kansendossier, is van belang dat dit met waarborgen en de nodige zorgvuldigheid wordt omgeven, zodat overheden hun

1509. Zie par. 7.3.5.

1510. Gerechtshof Den Haag 17 maart 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:413 (*Albasserdam e.a./Ziut*), r.o. 14 e.v.

bevoegdheden niet willekeurig (kunnen) gebruiken en het gelijkheids-, transparantie- en proportionaliteitsbeginsel in acht worden genomen.<sup>1511</sup>

#### 9.2.4.2.4 *Onderhandelingen bij openhousemodel toegestaan?*

Bij het toetsen van de bovengenoemde niet-gereguleerde procedures aan de voorwaarden van het openhousemodel, bleek vooral van belang dat het bij toepassing daarvan niet mogelijk is om over de toetredingsvereisten en de kernvereisten van de overeenkomst te onderhandelen.<sup>1512</sup> Er kunnen daarom bij een openhousemodel geen dialoogsessies worden gehouden om de harde eisen van de overeenkomst gezamenlijk vast te stellen, zoals wel het geval lijkt te zijn bij de Dialooggerichte procedure of OSD. Deze procedures zijn dan ook niet in overeenstemming met de EU- dan wel nationale voorwaarden die gelden bij een openhousemodel. Bij een openhousemodel moeten namelijk al deze fundamentele eisen vooraf door de gemeente worden vastgesteld en objectief zijn om willekeur te voorkomen. Wel zou voorafgaand aan het inrichten van een openhousemodel, net als bij een overheidsopdracht, een marktconsultatie kunnen worden georganiseerd, waarin op transparante wijze in dialoog wordt gegaan over de behoeften van de aanbestedende dienst en de mogelijkheden van de zorgaanbieders.

Aan de niet-gereguleerde procedures zoals die in het sociaal domein worden gehanteerd, kleven dan ook enkele juridische bezwaren en potentiële risico's, zowel als sprake is van een openhousemodel als indien sprake is van een overheidsopdracht. In dat verband verdient opmerking dat het aan de Nederlandse wetgever is om in een duidelijkere en uniforme aanbestedingsprocedure te voorzien voor sociale diensten (meer daarover in paragraaf 9.3.2). Dit zal namelijk bijdragen aan de rechtszekerheid en de juiste toepassing van de aanbestedingsregels en zal dan ook een goede stimulans zijn voor de verdere professionalisering van de sociale sector. Bovendien kan de Nederlandse wetgever bij het opstellen van die procedure de ruimte benutten die de aanbestedingsrichtlijn biedt om de procedure zodanig vorm te geven dat deze diensten passend bij de behoeften – bijvoorbeeld de behoefte aan dialoogsessies met zorgaanbieders – kunnen worden georganiseerd.<sup>1513</sup>

#### 9.2.4.3 *Eigenschappen en enkele voor- en nadelen van de instrumenten met het oog op de goede organisatie van zorg*

De keuze voor het ene dan wel het andere instrument kan verschillende voor- en nadelen hebben op de wijze waarop sociale diensten voor de burgers (goed) kunnen worden georganiseerd. In de hoofdstukken 3 tot en met 6 is in dat verband globaal bezien welke de voor- en nadelen voor de goede organisatie van zorg kunnen zijn bij de keuze voor een overheidsopdracht, subsidie, vergunning, openhousemodel of concessieopdracht. Doel daarvan is inzicht te geven in de effecten die kunnen optreden bij de keuze voor een van de instrumenten, zodat gemeenten kunnen

1511. Zie meer uitgebreid par. 7.3.2-7.3.4.

1512. Zie voor de toetsing aan de voorwaarden van het openhousemodel in het bijzonder par. 7.4.

1513. Zie hierover in par. 3.3.2 en par. 7.3.6.

beoordelen wat binnen hun beleid – en te midden van de vele uitdagingen in de sector – nodig en passend is om goede sociale diensten te organiseren.

Ik heb er daarbij voor gekozen, zoals in paragraaf 9.1 reeds is opgemerkt, om wat betreft de aspecten van ‘de goede organisatie van zorg’, aan te sluiten bij vier belangrijke pijlers van de zorg: betaalbaarheid (i), toegankelijkheid (ii), kwaliteit (iii) en het tegengaan van zorgfraude (iv).<sup>1514</sup> In het kader van betaalbaarheid gaat het met name om het beteugelen van de zorgkosten, onder toegankelijkheid is enkel ingegaan op keuzevrijheid voor cliënten en bij kwaliteit gaat het om de mogelijkheden om bij een instrument te sturen op kwaliteit. In het kader van het tegengaan van zorgfraude is bezien op welke wijze bij de instrumenten in meer dan wel mindere mate kan worden voorkomen dat frauderende zorgaanbieders worden toegelaten om sociale diensten aan te bieden. Nogmaals verdient opmerking dat dit geen uitputtende lijst van voor- en nadelen betreft van de instrumenten.

### Voor- en nadelen van de overheidsopdracht

---

*In het kort:*

- Zorgaanbieders verplichten zich contractueel om overeengekomen prestatie te leveren: voldoende aanbod aan sociale diensten voor inwoners verzekerd;
  - Zorgaanbieders worden uitgedaagd in de gunningsfase om diensten van goede kwaliteit (voor een bepaalde prijs) aan te bieden;
  - Benutten van ideeën van zorgaanbieders en aansluiten bij behoeften gebruikers;
  - Keuzevrijheid voor cliënten door meerdere zorgaanbieders de opdracht te gunnen;
  - Zorgfraude tegengaan door geschiktheidseisen, uitsluitingsgronden en Wet Bibob;
  - Doorgaans gezien als ingewikkelder en meer administratieve lasten in vergelijking met de subsidie/vergunning en mogelijk risico’s voor de continuïteit van zorg.<sup>1515</sup>
- 

Van belang is allereerst dat bij een overheidsopdracht – in tegenstelling tot de subsidie en vergunning – een contract wordt gesloten op grond waarvan in een voldoende aanbod aan (goede) zorg voor de inwoners van een gemeente kan worden voorzien. Zorgaanbieders verplichten zich dan immers contractueel om de overeengekomen prestatie te leveren. De overheidsopdracht is dan ook een geschikt instrument voor gemeenten om aan de wettelijke verplichtingen rondom sociale diensten te voldoen.

Het instrument van de overheidsopdracht kan daarbij worden gezien als een krachtig instrument om de samenleving op rechtmatige en duurzame wijze in te richten. Door het benutten van de mogelijkheden die het aanbestedingsrecht biedt, kan de overheidsopdracht namelijk als een instrument worden ingezet om goede diensten van goede kwaliteit te organiseren. Ook wordt daarmee een doelmatige besteding van publieke middelen bevorderd. Belangrijk is vooral de gunningsfase:

---

<sup>1514.</sup> Meer hierover in hoofdstuk 1, par. 1.4.2.

<sup>1515.</sup> Zie meer uitgebreid: par. 3.4.

door middel van de gunningscriteria aan de hand waarvan de verschillende inschrijvingen worden beoordeeld, kunnen geïnteresseerde zorgaanbieders worden uitgedaagd tot de beste oplossingen en kunnen de beste zorgaanbieders worden gekozen. Overheidsopdrachten moeten immers worden gegund op basis van de economisch meest voordelige inschrijving (EMVI), waarbij gunning op basis van de beste prijs-kwaliteitverhouding — door middel van gunningscriteria die zien op zowel prijs als kwaliteit om de beste inschrijving te selecteren — het uitgangspunt is.<sup>1516</sup> Tegelijk geldt dat het prijselement ook de vorm mag aannemen van een vaste prijs of vaste kosten op basis waarvan alleen wordt geconcurrereerd op basis van kwaliteitscriteria. Zodoende kan dus zowel de betaalbaarheid als de kwaliteit van de diensten door middel van een aanbestedingsprocedure worden bevorderd.

Ook andere mogelijkheden die het aanbestedingsrecht biedt, kunnen worden benut om goede zorg te organiseren. Zo kan een marktconsultatie worden ingezet om voorafgaand aan de aanbesteding zorgaanbieders te laten meedenken over het organiseren van goede zorg en hen te informeren over de doelen en plannen van de gemeente. Ook kunnen cliënten (en/of hun betrokkenen) bij de vormgeving van de aanbesteding worden betrokken, zodat de diensten beter aansluiten bij de behoeften van de doelgroep of kunnen eisen met betrekking tot de lokale context of de specifieke doelgroep worden gesteld, mits dit strikt noodzakelijk is voor de opdracht.

Wat betreft keuzevrijheid voor cliënten geldt dat bij een aanbestedingsprocedure voorafgaand kan worden bepaald met hoeveel zorgaanbieders een contract zal worden gesloten. Er kan dus een keuze worden gemaakt om een groter dan wel kleiner aantal zorgaanbieders te contracteren. Ook kan de keuze voor een van de zorgaanbieders vervolgens aan cliënten worden overgelaten. Afhankelijk van de wijze waarop de overheidsopdracht wordt ingezet, wordt dus in meerdere of in mindere mate in keuzevrijheid voor cliënten voorzien.

Als het gaat om het tegengaan van zorgfraude geldt dat geschiktheidseisen, zoals het hebben van bepaalde diploma's, erkenningen en/of VOG's, kunnen worden gesteld, die frauderende zorgaanbieders zo min mogelijk kansen geven een overheidsopdracht te verkrijgen. Daarnaast zou onder de wettelijke uitsluitingsgrond 'ernstige beroepsfout' van artikel 2.87 lid 1 sub c Aw 2012 ook eerder begane (ernstige) zorgfraude als een grond voor uitsluiting kunnen worden meegenomen. Hierbij gelden echter wel een aantal belangrijke vereisten: het moet gaan om opzet of nalatigheid van een zekere ernst, een aanbestedende dienst moet de fraude voldoende aannemelijk kunnen maken, de betreffende zorgaanbieder moet in de gelegenheid worden gesteld zijn betrouwbaarheid weer aan te tonen (als dat voldoende is aangetoond, mag hij niet uitgesloten worden) en de maximale terugkijktermijn is drie jaar.

Ten slotte kan ook de Wet Bibob een rol spelen bij het tegengaan van zorgfraude. Deze wet betreft een (preventief) bestuurlijk instrument om overheden te ondersteunen bij het voorkomen van het door hen ongewild faciliteren van criminele activiteiten. Bij het gunnen van overheidsopdrachten (of het afgeven van beschik-

1516. Zie art. 67 Richtlijn 2014/23/EU. Zie ook art. 2.114 en 2.115 Aw 2012, hoewel deze bepalingen op grond van art. 2.39 Aw 2012 niet van toepassing zijn op sociale diensten.

kingen, bijvoorbeeld in het kader van een subsidie of een vergunning), kan de overheid op basis van deze wet zelf onderzoek doen of onderzoek laten doen door het Landelijk Bureau Bibob naar de mate van gevaar van misbruik van bijvoorbeeld de vergunning, de subsidie of de overheidsopdracht.<sup>1517</sup> Als er op basis van dit onderzoek blijkt dat er ernstig gevaar dreigt dat de subsidie, vergunning of overheidsopdracht voor verkeerde doeleinden zal worden gebruikt, dan kan de vergunning of subsidie worden geweigerd en kan een inschrijver bij een overheidsopdracht – mits de gedraging kan worden gebracht onder de uitsluitingsgronden van het aanbestedingsrecht – worden uitgesloten van de aanbestedingsprocedure.

Daarbij moet ten slotte worden opgemerkt dat een aanbestedingsprocedure in de praktijk wel als een zware administratieve last wordt beschouwd: de transactiekosten en tijd die daarmee gepaard gaan, zouden hoog zijn. Ook wordt wel als nadeel genoemd dat het volgen van de aanbestedingsregels de continuïteit van de zorg tegengaat. Immers, met een nieuwe aanbesteding kunnen bestaande (vertrouwens)relaties tussen zorgverleners en zorgontvangers verloren gaan. In dat verband geldt evenwel dat afhankelijk van de wijze waarop de overheidsopdracht wordt ingezet, deze negatieve gevolgen kunnen worden beperkt, bijvoorbeeld door: (1) alleen de noodzakelijke eisen en geen zware eisen te stellen (2) alle aanbestedingsvoorwaarden kort, bondig en overzichtelijk te formuleren (3) een eenvoudige aanbestedingsprocedure te volgen (4) contracten voor een langere duur af te sluiten en (5) in het contract te voorzien in een goede overgangsregeling voor bestaande zorgverlenersrelaties.

Uit deze analyse blijkt dat het afhankelijk is van de wijze waarop de overheidsopdracht als een instrument wordt ingezet, welke doelen daarmee (kunnen) worden bereikt.

### Voor- en nadelen van subsidies en vergunningstelsels

*In het kort:*

- (Afdwingbare) uitvoeringsplicht ontbreekt: aanbod aan sociale diensten niet verzekerd;
- Instrument om initiatieven te stimuleren/ondersteunen (subsidie) of toestemming te geven om een activiteit te mogen ontplooiën (vergunning);
- Niet (primair) gericht op uitdagen zorgaanbieders tot leveren van beste oplossingen;
- Veel keuzevrijheid voor cliënten met name bij vergunningstelsels;
- Zorgfraude tegengaan door subsidie- of vergunningsvoorwaarden en Wet Bibob;
- Doorgaans gezien als eenvoudiger, minder tijdrovend en minder administratieve lasten in vergelijking met een overheidsopdracht.<sup>1518</sup>

1517. Op grond van art. 3 lid 1 Wet Bibob gaat het om misbruik door a) uit gepleegde strafbare feiten verkregen of te verkrijgen, op geld waardeerbare voordelen te benutten, of b) om daarmee strafbare feiten te plegen.

1518. Zie meer uitgebreid in par. 4.5.

Wat betreft de subsidie en de vergunning geldt allereerst dat zij (in beginsel) alleen kunnen worden ingezet waar geen uitvoeringsverplichting hoeft te worden opgelegd; anders is namelijk sprake van een overheidsopdracht – zoals hiervoor uitgelegd. Aangezien gemeenten wettelijk verplicht zijn om in een bepaald aanbod van sociale diensten te voorzien, zijn deze instrumenten dan ook in veel gevallen niet geschikt om sociale diensten te organiseren. Het risico bestaat dan immers dat er onvoldoende aanbod aan sociale diensten voor de inwoners beschikbaar zal zijn. Dit is alleen anders als er geen exclusieve selectie wordt gemaakt, maar iedere geïnteresseerde zorgaanbieder wordt toegelaten om de diensten uit te voeren; hier zal dan echter eerder sprake zijn van een openhousemodel.

De subsidie is daarbij vooral een instrument om goede initiatieven voor (aanvullende) diensten te stimuleren of te ondersteunen. Subsidies kunnen vooral een belangrijke rol spelen om – naast het zorgaanbod dat voorziet in de wettelijke verplichtingen vanuit onder andere de Jeugdwet en Wmo – te zorgen voor aanvullende diensten voor de burgers, bijvoorbeeld: activiteiten om verveling onder jongeren tegen te gaan of eenzaamheid onder ouderen. Een vergunningstelsel kan enkel worden gekozen als geen uitvoeringsverplichting nodig is om de goede uitvoering van sociale diensten te verzekeren. In dit verband worden overigens de voor- en nadelen van een op een vergunningstelsel gelijkend openhousemodel – waarbij wel contracten met uitvoeringsverplichting worden gesloten – hieronder uiteengezet.

Daarnaast geldt bij subsidies en vergunningen – in tegenstelling tot de overheidsopdracht – dat zorgaanbieders (in beginsel) niet worden uitgedaagd om de beste oplossingen en de beste kwaliteit aan te bieden. Deze instrumenten zijn er immers niet primair op gericht om de subsidies of vergunningen te verlenen aan de beste zorgaanbieders. Dit hangt ook samen met de rol die de overheid bij deze instrumenten aanneemt: als supporter (subsidies) om initiatieven te ondersteunen en als poortwachter (vergunningen) om toestemming te geven om een bepaalde activiteit uit te voeren als een zorgaanbieder aan de benodigde kwaliteits- en opleidingseisen voldoet. Met betrekking tot het organiseren van kwalitatief goede diensten, kan dit als een nadeel worden gezien. Ook wordt dus niet geconcurrereerd op basis van prijs, wat een effect kan hebben op de betaalbaarheid van de diensten.

Wel kan overigens – als de subsidie of vergunning schaars is: er zijn meer aanvragers dan beschikbare financiële middelen/ vergunningen – ervoor worden gekozen om het beste initiatief of de beste initiatieven door middel van een vergelijkende toets te selecteren, bijvoorbeeld op basis van prijs/kwaliteit of alleen kwaliteit.

Wat een vergunningstelsel betreft worden zorgaanbieders gestimuleerd hun best te doen om de gunst van de cliënt te winnen. Dit kan bevorderend werken voor de kwaliteit van zorg, mits cliënten hun keuze (mede) laten afhangen van de kwaliteit van de diensten. Tegelijk geldt dat hier de vraag moet worden gesteld wie die keuze voor de beste zorgaanbieder(s) het beste kan maken om de kwaliteit van de diensten te verzekeren: de overheid of de cliënt? Kortom, de overheid treedt bij de subsidie en vergunning dan ook op als supporter respectievelijk poortwachter, en niet als opdrachtgever die de (goede) uitvoering van een opdracht zekerstelt tegen een bepaalde prijs.

Wat betreft keuzevrijheid voor cliënten geldt dat met name bij een vergunningstelsel in een ruime mate van keuzevrijheid voor cliënten wordt voorzien. Bij een vergunningstelsel heeft de overheid immers een terughoudende rol en geeft (in beginsel) toestemming aan alle zorgaanbieders die aan de voorwaarden van verlening voldoen, om de activiteiten te ontplooiën.

Bij een subsidie kan afhankelijk van de subsidiepot en de wijze van verdeling (dat wil zeggen: over hoeveel aanvragers wordt die verdeeld), ook in keuzemogelijkheden voor cliënten worden voorzien.

Wat betreft het tegengaan van zorgfraude kunnen in de subsidie- en vergunningsvoorwaarden (bekwaamheids)eisen worden gesteld, die ervoor zorgen dat malafide zorgaanbieders minder kans maken om een subsidie of vergunning te verkrijgen. Daarnaast kan ook bij de subsidie en vergunning de hiervoor genoemde Wet Bibob worden toegepast om onderzoek te doen naar de mate van gevaar van misbruik van de subsidie of vergunning. Als er op basis van dit onderzoek blijkt dat er ernstig gevaar dreigt dat de subsidie of vergunning voor verkeerde doeleinden zal worden gebruikt, dan kan de subsidie worden geweigerd. De openheid van een vergunningstelsel kan er overigens wel toe leiden dat malafide zorgaanbieders makkelijker kunnen toetreden, dan wanneer slechts een x-aantal zorgaanbieders worden geselecteerd op basis van de beste kwaliteit (of prijs/kwaliteitverhouding).

Ten slotte is bij deze instrumenten nog van belang dat zij, vergeleken met de overheidsopdracht, vaak worden gezien als een eenvoudigere en minder tijdrovende manier om taken te organiseren en wordt gesteld dat hun toepassing tot minder administratieve lasten leidt. Bij een overheidsopdracht moet immers een aanbestedingsprocedure worden gevolgd, terwijl bij een vergunning en subsidie kan worden volstaan met een subsidieregeling of het vaststellen van vergunningsvoorwaarden. Daarbij moet echter worden aangetekend dat ook bij subsidies en vergunningen voor sociale diensten voorwaarden moeten worden gesteld om ervoor te zorgen dat de taken goed worden uitgevoerd of om ervoor te zorgen dat alleen zorgaanbieders de taken mogen uitvoeren die aan kwaliteits- en opleidingseisen voldoen. Bovendien hangt dit voordeel van subsidies en vergunningen ook deels samen met het feit dat niet de beste zorgaanbieders (hoeven te) worden gecontracteerd en geen contractuele verplichtingen worden opgelegd; elementen die gezien bovenstaande weer nadelig kunnen zijn voor de goede organisatie van zorg.

### Voor- en nadelen van het openhousemodel

---

#### *In het kort:*

- Aanbod aan sociale diensten kan worden verzekerd;
- Alleen (basis) eisen voor toetreding, zorgaanbieders niet (*ex ante*) uitgedaagd tot meer/ beste oplossingen;
- Minder sturing/controlle op kwaliteit mogelijk: iedere zorgaanbieder die aan randvoorwaarden voldoet, mag toetreden (geen competitie *ex ante* op kwaliteit);
- Vaste tarieven voor alle zorgaanbieders (geen competitie op prijs);
- Ruime toetredingsmogelijkheden voor zorgaanbieders en flexibiliteit;

- 
- Door ruim aanbod, veel keuzevrijheid voor cliënten om te kiezen voor een zorgaanbieder van eigen voorkeur;
  - Wet Bibob wordt van toepassing bij sociale diensten; toetredingsvoorwaarden zijn minimumeisen, maar kunnen mogelijk sommige malafide zorgaanbieders weren;
  - Administratieve lasten bij de monitoring van toegetreden zorgaanbieders.<sup>1519</sup>
- 

Met het oog op een goede organisatie van zorg geldt bij de keuze voor een openhousemodel allereerst dat sprake is van een contractuele relatie tussen gemeente en zorgaanbieders. In een openhousemodel worden immers met alle geïnteresseerde zorgaanbieders contracten gesloten. Evenals bij een overheidsopdracht kan dus met een openhousemodel in een voldoende aanbod aan sociale diensten worden voorzien, overeenkomstig de wettelijke verplichtingen.

Wat betreft de kwaliteit van de sociale diensten geldt dat bij een openhousemodel – inherent aan dat instrument – slechts randvoorwaarden voor toetreding worden gesteld. Immers, als sprake is van exclusieve selectie van zorgaanbieders op basis van gunningscriteria, is sprake van een overheidsopdracht. Bij een openhousemodel worden daardoor niet enkel de beste zorgaanbieders voor de uitvoering van de sociale diensten geselecteerd, maar een grotere groep aanbieders die aan minimumeisen voldoen. Wel kunnen belangrijke geschiktheids- en bekwaamheidseisen, zoals opleidingseisen van het personeel, als voorwaarden voor toetreding worden gesteld. Daarnaast kan bij een openhousemodel dus een grote groep zorgaanbieders toetreden; dit kan nadelig zijn met het oog op de kwaliteit, omdat het monitoren van deze zorgaanbieders op kwaliteit van de uitgevoerde diensten dan lastig kan worden. Daarbij geldt dat ook bij een openhousemodel (net als bij een vergunningstelsel) zorgaanbieders worden gestimuleerd hun best te doen om de gunst van de cliënt te winnen. Dit kan bevorderend werken voor de kwaliteit van zorg, mits cliënten hun keuze (kunnen) laten afhangen van de kwaliteit van de diensten. Verder geldt dat bij een openhousemodel vaste tarieven moeten worden gehanteerd die door de gemeente vooraf zijn vastgesteld. Er vindt dus geen competitie op prijs plaats; dit kan effect hebben op de betaalbaarheid.

Daarnaast geldt voor het openhousemodel, vergelijkbaar met een vergunningstelsel, dat dit instrument een ruime toetreding faciliteert van zorgaanbieders die aan randvoorwaarden voldoen. Daarmee ontstaat voor zorgaanbieders, die deze activiteit willen uitoefenen, volop ruimte op de markt en wordt tevens aan cliënten een ruime mate van keuzevrijheid gegeven. Toegankelijkheid tot zorg van eigen voorkeur wordt daarmee dan ook bevorderd. Dit kan overigens ook de (perceptie van) kwaliteit verhogen, omdat burgers dan zelf een weloverwogen keuze kunnen maken voor een zorgaanbieder. Tegelijk kan hier de vraag worden gesteld, zoals hiervoor in het kader van vergunningstelsel ook reeds naar voren kwam, wie die keuze voor kwaliteit het beste kan maken: de gebruiker van de zorg of de gemeente, die voor de burger een (voor)selectie maakt zodat cliënten enkel uit de ‘beste’ of een groep betere zorgaanbieders kunnen kiezen en niet te maken krijgen met een potentieel onoverzichtelijke lijst aan keuzemogelijkheden? Voor beide kanten zijn argumenten

---

1519. Zie uitgebreider: par. 5.7.



aan te voeren en dit kan ook verschillen per soort (sociale) diensten; het is dan ook aan gemeenten om daarin een keuze te maken. Verder biedt een openhousemodel waarbij toetreding blijvend mogelijk is, ruimte voor flexibiliteit: tussentijds kunnen immers blijvend zorgaanbieders toetreden en er is in dat geval ook ruimte voor fouterstel bij fouten in de aanmelding.

Wat het tegengaan van zorgfraude betreft, kunnen bij het openhousemodel toetredingsvoorwaarden worden gesteld, bijvoorbeeld met betrekking tot geschiktheids- en bekwaamheidseisen, die de toetreding van fraudeurs tegengaan. De openheid van een stelsel als een openhousemodel kan er overigens wel toe leiden dat malafide zorgaanbieders eerder een contract weten te krijgen; ze hoeven immers slechts aan randvoorwaarden te voldoen. Daarnaast is een grote groep zorgaanbieders zoals hiervoor reeds opgemerkt lastiger te monitoren; fraudegevallen worden dan ook mogelijk minder snel opgemerkt. Verder wordt het toepassingsbereik van de Wet Bibob uitgebreid, zodat dit screeningsinstrument ook kan worden ingezet voor een openhousemodel voor sociale diensten.<sup>1520</sup>

Als het gaat om administratieve lasten, geldt dat het gebruik van een openhousemodel (aan de voorkant) relatief eenvoudiger kan zijn dan een aanbestedingsprocedure. Bij een grote groep zorgaanbieders kan (aan de achterkant) echter het monitoren van de zorgaanbieders wel tot administratieve lasten leiden.

### Voor- en nadelen van de concessieopdracht

*In het kort (vergelijkbaar met overheidsopdracht):*

- Voldoende aanbod aan sociale diensten voor inwoners verzekerd;
- Zorgaanbieders worden uitgedaagd in de gunningsfase om diensten van goede kwaliteit (voor een bepaalde prijs) aan te bieden;
- Benutten van ideeën van zorgaanbieders en aansluiten bij behoeften gebruikers;
- Keuzevrijheid voor cliënten door meerdere zorgaanbieders de opdracht te gunnen;
- Zorgfraude tegengaan door geschiktheidseisen en uitsluitingsgronden;
- Administratieve lasten en mogelijk negatieve effecten op continuïteit van zorg;
- Exploitatieright en overdracht van exploitatierisico: kan voordeel zijn voor betaalbaarheid en nadeel voor de kwaliteit (perverse prikkels).<sup>1521</sup>

De concessieopdracht is als instrument vergelijkbaar met een overheidsopdracht. In dat kader wordt aangesloten bij de voor- en nadelen die hiervoor reeds genoemd zijn bij de overheidsopdracht. Zo worden ook bij een concessieopdracht wederzijds bindende verplichtingen opgelegd, zodat in voldoende aanbod aan sociale diensten kan worden voorzien. Met het oog op de kwaliteit en betaalbaarheid geldt dat dit instrument evenals de overheidsopdracht kan worden ingezet om sociale diensten

1520. Amendement van de leden Palland en Bikker van 24 maart 2022, zie: *Kamerstukken II 2021/22*, 35764, nr. 9.

1521. Zie in het bijzonder par. 6.2.2 en 6.5.

van goede kwaliteit tegen een bepaalde prijs te organiseren: ook hier worden zorgaanbieders uitgedaagd om diensten van goede kwaliteit te organiseren. Keuzevrijheid kan worden gerealiseerd door het contracteren van meerdere zorgaanbieders en het tegengaan van zorgfraude door middel van het stellen van kwaliteitseisen en uitsluitingsgronden.<sup>1522</sup>

Ten slotte is van belang dat met een concessieopdracht – anders dan bij een overheidsopdracht – een contract wordt gesloten om sociale diensten te laten uitvoeren in ruil voor een exploitatierecht als tegenprestatie. Dit betekent dat de zorgaanbieder de diensten kan ‘exploiteren’ en hij het risico van vraag en/of aanbod draagt. Dit kan voordelig zijn met het oog op de betaalbaarheid van de diensten; niet de overheid draagt de risico’s, maar de opdrachtnemer die deze risico’s beter kan beheersen. Negatieve neveneffecten die gemeenten hierbij echter met het oog op de kwaliteit moeten meenemen, is dat het beleggen van exploitatierisico’s bij zorgaanbieder(s) tot perverse prikkels zou kunnen leiden. Een zorgaanbieder moet dan namelijk zijn eigen winst genereren en zal in dat verband kunnen zoeken naar mogelijkheden om bijvoorbeeld minder zorg of voornamelijk de lichtere (goedkopere) zorg te verlenen. Overigens zijn er wel instrumenten om dit enigszins tegen te gaan. Daarnaast kan het overdragen van exploitatierisico’s ertoe leiden dat zorgaanbieders in financiële problemen komen met alle nadelige gevolgen van dien voor cliënten.

#### 9.2.4.4 *De rol en positie van burgercoöperaties, vrijwilligersorganisaties en/of sociale ondernemingen in het aanbestedingsrecht*

In het sociaal domein zijn ook burgercoöperaties en vrijwilligersorganisaties actief. Ontstaan vanuit solidariteit of vanuit de gedachte dat zij de zorg beter kunnen organiseren dan de bestaande zorgaanbieders. Gebleken is in dit onderzoek, met name in hoofdstuk 8, dat ook zij onder het EU-recht en onder het begrip ‘ondernemer’ uit de definitie van de overheidsopdracht kunnen vallen.<sup>1523</sup> Uit een analyse van Europese jurisprudentie op het terrein van het aanbestedingsrecht – die overigens parallellen vertoont met jurisprudentie over het ondernemingsbegrip in het mededingingsrecht, vrij verkeer en staatssteunrecht – blijkt namelijk dat het Hof een ruim ondernemersbegrip hanteert.<sup>1524</sup> Zo is voor de toepasselijkheid van het EU-(aanbestedings)recht niet relevant dat de entiteiten geen winstoogmerk hebben, slechts een kostenvergoeding krijgen, dan wel een bepaalde rechtsvorm hebben. Het gaat daarentegen om de vraag of zij een economische activiteit uitoefenen: concurreren zij met andere ondernemers? Dit is bij de organisatie van sociale diensten in Nederland het geval, ook als het gaat om bijvoorbeeld vrijwilligersorganisaties die deze diensten uitvoeren. Vanwege dit ruime ondernemersbegrip van de aanbestedingsrichtlijnen kunnen overheidsopdrachten dan ook (in beginsel) niet rechtstreeks worden gegund aan bijvoorbeeld vrijwilligersorganisaties of burgerinitiatieven.

1522. Ook hier is overigens de vraag of de Wet Bibob van toepassing is, aangezien daarin enkel de overheidsopdracht is genoemd en niet de concessieopdracht.

1523. Zie in het bijzonder par. 8.2 en 8.3; zie ook reeds kort: par. 3.5.4.

1524. Zie voor deze jurisprudentie in par. 8.2.2 en 8.3; zie o.a. (mededingingsrecht): Höfner; AOK Bundesverband; en zie (aanbestedingsrecht): CoNiSMa; ASL Lecce; Commissie/Italië; SUCH.

Er is onder de paraplu van de Europese sociale markteconomie wel ruimte voor een rechtvaardigingsgrond onder het vrij verkeer, op grond waarvan overheidsopdrachten rechtstreeks kunnen worden gegund aan vrijwilligersorganisaties. Dit geldt echter alleen als de aanbestedingsrichtlijn niet van toepassing is (bij opdrachten die onder de aanbestedingsdrempel vallen). Volgens het HvJ EU in de zaken *Spezzino* en *CASTA* kan namelijk een stelsel dat is gebaseerd op universaliteit, solidariteit, kostenefficiëntie en geschiktheid en waarbij juist vrijwilligersorganisaties bijdragen aan het in stand houden daarvan – aangezien ze opereren op basis van vrijwilligheid en slechts een kostenvergoeding verkrijgen – een dwingende reden van algemeen belang vormen.<sup>1525</sup> Daarbij moet uiteraard ook aan de proportionaliteitstoets worden voldaan: het stelsel moet geschikt en noodzakelijk zijn om dat doel te bereiken.

In deze arresten oordeelt het HvJ EU echter ook dat de aanbestedingsrichtlijn zich verzet tegen deze rechtstreekse gunning.<sup>1526</sup> Dit terwijl de aanbestedingsrichtlijnen uit de vrijverkeersregels voortvloeien. Hier is dan ook sprake van een inconsistentie in de EU-aanbestedingsregulering die weggenomen dient te worden door het invoegen van een eenzelfde mogelijkheid voor rechtstreekse gunning aan vrijwilligersorganisaties.<sup>1527</sup>

Daarbij geldt dat er wel twee andere mogelijkheden binnen het aanbestedingsrecht zijn voor rechtstreekse gunning aan entiteiten voor het uitvoeren van sociale diensten.<sup>1528</sup> Zo kunnen op grond van art. 77 Richtlijn 2014/24/EU opdrachten voor bepaalde in dat artikel aangewezen diensten worden voorbehouden aan in dat artikel (strikt) omschreven entiteiten voor een bepaalde periode.<sup>1529</sup> Daarnaast kunnen (delen van) opdrachten onder voorwaarden rechtstreeks worden gegund op basis van de percelenregeling van art. 5 lid 10 Richtlijn 2014/24/EU.<sup>1530</sup> Dit biedt enkele mogelijkheden voor rechtstreekse gunning aan vrijwilligersorganisaties en burgerinitiatieven bij het organiseren van sociale diensten.

Vanwege de ontwikkelingen op EU-niveau voor een duurzaam en sociaal Europa, waarbij wordt onderkend dat actoren als vrijwilligersorganisaties, culturele en levensbeschouwelijke instellingen, burgerinitiatieven en/of sociale ondernemingen bij het bereiken daarvan een belangrijke rol spelen, pleit ik ervoor dat wordt gezien of er in een bredere uitzonderingsmogelijkheid in de aanbestedingsrichtlijnen kan worden voorzien.<sup>1531</sup> Wel moet dan op een aantal belangrijke vragen een antwoord worden gevonden, met name de vraag wat een onderscheid tussen verschillende entiteiten rechtvaardigt (zie aanbevelingen paragraaf 9.3.1).<sup>1532</sup>

---

1525. Par. 8.4. *Spezzino*, r.o. 53-54; *CASTA*, r.o. 57-58.

1526. *Spezzino*, r.o. 44; *CASTA*, r.o. 53.

1527. Par. 8.4.2.

1528. Par. 8.5.

1529. Geïmplementeerd in art. 2.82a Aw 2012.

1530. Geïmplementeerd in art. 2.18 en 2.19 Aw 2012.

1531. Zie in het bijzonder par. 8.6.

1532. Zie uitgebreider over deze en andere belangrijke vragen, par. 8.6.

### 9.3 AANBEVELINGEN AAN WETGEVER, GEMEENTEN EN SOCIALE SECTOR

In dit onderzoek is duidelijkheid verschaft over de scheidslijnen tussen de overheidsopdracht en andere instrumenten. In het kader daarvan zullen hieronder enkele aanbevelingen worden gedaan om de verwarring en onduidelijkheid tussen deze instrumenten in de praktijk – met name in het sociaal domein – verder tegen te gaan. De EU en nationale wetgever zijn aan zet om verduidelijking in wetgeving aan te brengen. Daarnaast is het vooral aan overheden, in dit onderzoek gemeenten die sociale diensten organiseren, om de instrumenten juist te onderscheiden en vervolgens te benutten voor een goede organisatie van zorg. De aanbevelingen zijn verdeeld in twee onderdelen: eerst volgen de aanbevelingen rondom duidelijke scheidslijnen tussen instrumenten, vervolgens volgen enkele zorgspecifieke aanbevelingen.

#### 9.3.1 Duidelijke scheidslijnen tussen de overheidsopdracht en andere instrumenten in wet- en regelgeving

*Aanbeveling EU-wetgever 1: verduidelijken EU-definitie overheidsopdrachten*

Een eerste belangrijke aanbeveling met het oog op duidelijke scheidslijnen tussen de instrumenten, betreft de definitie van de overheidsopdracht in de EU-aanbestedingsrichtlijnen. Het HvJ EU heeft in jurisprudentie belangrijke aanvullende criteria aangereikt die het onderscheid tussen de overheidsopdracht en andere instrumenten verduidelijken. Het verdient aanbeveling aan de EU-wetgever om deze criteria te codificeren, zodat meer rechtszekerheid bestaat over de scheidslijnen tussen instrumenten.

De definitie van de overheidsopdracht zou in dat verband allereerst moeten worden aangevuld met de jurisprudentiële (sub-)criteria die de tweezijdige relatie (de prestatie voor een tegenprestatie) van deze soort contracten nader uitwerken, namelijk: dat de prestatie voor de aanbestedende dienst een rechtstreeks economisch belang inhoudt (a); dat de overheidsopdracht een afdwingbare uitvoeringsplicht inhoudt (b); dat voor de tegenprestatie enig economisch voordeel voldoende is (c). Het opnemen van deze sub-criteria van de tweezijdige relatie in de wettekst zal het meest bijdragen aan duidelijkheid; een andere mogelijkheid is ze op te nemen in de considerans bij de aanbestedingsrichtlijn. Daarnaast moet ook het criterium van exclusieve selectie aan de definitie van de overheidsopdracht worden toegevoegd. Dit criterium ontbreekt in zijn geheel in de huidige definitie, terwijl het een belangrijke scheidslijn betreft tussen de overheidsopdracht en andere instrumenten. Deze toevoegingen aan de definitie van de overheidsopdracht zullen meer duidelijkheid geven over de reikwijdte van de overheidsopdracht. Op basis daarvan zal het onderscheid tussen de overheidsopdracht en andere instrumenten in de praktijk beter kunnen worden gemaakt.

*Aanbeveling EU-wetgever 2: nadere categorisering verschillende entiteiten in aanbestedingsrichtlijn*

Alle entiteiten, ongeacht rechtsvorm of winstoogmerk, worden in de huidige aanbestedingsrichtlijn onder het begrip ondernemers geschaard en zijn aan dezelfde regels onderworpen. Dit geldt dus ook voor bijvoorbeeld vrijwilligersorganisaties, burgerinitiatieven en sociale ondernemingen. Dit doet geen recht aan bepaalde bijzondere typen entiteiten die – in bepaalde gevallen – op een geheel andere wijze al dan niet met andere ondernemers concurreren. Bepaalde entiteiten – zoals vrijwilligersorganisaties en burgerinitiatieven – opereren immers vanuit andere principes en dit levert soms zelfs een ongelijke behandeling op: zij concurreren namelijk (liever) niet en doen dan ook niet mee aan een aanbestedingsprocedure. Daarbij lijkt dit ruime ondernemersbegrip ook niet helemaal meer recht te doen aan de huidige Europese doelstellingen.<sup>1533</sup> In de Europese sociale markteconomie, die zich richt op duurzame en sociale uitkomsten voor de EU en haar burgers, neemt solidariteit en sociale cohesie immers een belangrijke plaats in. Om ervoor te zorgen dat entiteiten die juist opereren op basis van solidariteit en in sterke mate bijdragen aan de sociale cohesie in de samenleving ook daadwerkelijk kansen krijgen om in de samenleving hun belangrijke werk te doen, verdient het dan ook aanbeveling de aanbestedingsrichtlijn daarop meer te laten aansluiten.

Dit zou bijvoorbeeld kunnen door een nadere categorisering van entiteiten in de aanbestedingsrichtlijnen op te nemen, waarbij in bepaalde gevallen bijvoorbeeld een deel van de overheidsopdracht rechtstreeks kan worden gegund aan vrijwilligersorganisaties of burgerinitiatieven. Het gaat dus om een ruimere uitzondering dan de huidige regeling van art. 77 Richtlijn 2014/24 (art. 2.82a Aw 2012), die slechts toepasbaar is in beperkte gevallen, omdat de uitzondering alleen opgaat voor bepaalde strikt omschreven (sociale) activiteiten (i) en bepaalde strikt omschreven entiteiten, waardoor maar een kleine groep entiteiten daaraan zal voldoen (ii) en deze regeling slechts eens in de drie jaar voor maximaal drie jaar kan worden toegepast (iii).

Daarbij moet echter nog wel op een aantal belangrijke vragen een antwoord worden gevonden, met name de vraag wat een onderscheid tussen verschillende entiteiten zou rechtvaardigen.<sup>1534</sup> Elementen die hier van belang kunnen zijn, betreffen bijvoorbeeld dat de entiteit: (1) moet opereren op basis van vrijwilligheid en spontaniteit: de diensten worden onbezoldigd uitgevoerd en er wordt enkel in een vergoeding van de kosten voorzien en daarmee samenhangend (2) dat enkel een sociaal doel wordt nagestreefd; dat bijvoorbeeld er ook in kan bestaan – zoals bij een burgerinitiatief – dat men een activiteit in eigen buurt wil oppakken. Ook moet de regeling strikt worden geformuleerd om te voorkomen dat misbruik van de regeling en omzeiling van het aanbestedingsrecht kan plaatsvinden. Ook moet bijvoorbeeld in een verantwoordingsmechanisme worden voorzien van de besteding van de gelden door dergelijke entiteiten.

1533. Uitgebreider uiteengezet in par. 8.6.

1534. Idem.

*Aanbeveling nationale wetgever 1: verhelderen scheidslijnen in de Awb en Aanwijzingen voor de regelgeving*

Op nationaal niveau zijn vervolgens twee scenario's denkbaar om onduidelijkheid over de scheidslijnen tussen de overheidsopdracht en de concessieopdracht, die nu zijn ingebed in het privaatrecht, de vergunning en subsidie, die thans behoren tot het bestuursrecht, en het openhousemodel dat deels bestuursrechtelijke en deels privaatrechtelijke elementen omvat, tegen te gaan.

Het eerste scenario betreft een stelselwijziging waarbij de overheidsopdracht, concessieopdracht en (de contracten in) het openhousemodel worden verplaatst van het civiele- naar het bestuursrecht. Deze contracten zouden dan net als in sommige andere lidstaten kunnen worden aangemerkt als administratieve contracten, die nader worden geregeld in de Awb en waarvoor de bestuursrechter de bevoegde rechter is. Het tweede scenario betreft het verhelderen van scheidslijnen door het opnemen en aanpassen van definities in de Awb en/of Aanwijzingen voor de regelgeving (hierna: Ar). Mijn voorkeur gaat, zoals ik hieronder zal uitleggen, uit naar het tweede scenario.

*Scenario 1: alle instrumenten onderbrengen in het bestuursrecht*

Het eerste scenario – waarbij alle instrumenten worden geregeld op één plek, namelijk het bestuursrecht, en de bestuursrechter de bevoegde rechter is – lijkt op het eerste gezicht de meeste duidelijkheid te geven over de scheidslijnen tussen de instrumenten. In dat geval kan namelijk op één plaats zichtbaar worden gemaakt dat er verschillende instrumenten zijn die op een juiste manier van elkaar moeten worden onderscheiden. Daarbij kan fragmentatie van regels worden tegengegaan. Overigens kan wel weer fragmentatie ontstaan op het moment dat alleen de overheidsopdracht in de zin van art. 1.1 Aw 2012 en niet alle overheidscontracten (bijv. verkoop van onroerend goed) verschuiven naar het bestuursrecht. Vervolgens zal één en dezelfde rechter bevoegdheid krijgen om geschillen over de toepassing en werking van deze instrumenten, inclusief de scheidslijnen daartussen, op uniforme wijze uit te leggen.

Tegelijk moet echter de vraag worden gesteld of dit daadwerkelijk tot meer duidelijkheid zal leiden. Ook in landen waar de overheidsopdracht een administratief contract is, zoals in Italië, worden gezien de jurisprudentie van het HvJ EU de instrumenten door elkaar gehaald.<sup>1535</sup> Veel meer moet de vraag worden gesteld of een dergelijke verschuiving in Nederland wenselijk wordt geacht. Dit scenario omvat immers een veelomvattende en verstrekkende wijziging, die breekt met een lange traditie in Nederland waarin alle contracten – ook de overheidscontracten – worden beheerst door het privaatrecht en de bevoegde rechter de civiele rechter is.

In dat verband moet overigens worden opgemerkt dat in de bestuursrechtelijke literatuur wel voorstellen in deze richting zijn gedaan. Zo wordt door Kortmann – maar dan in het kader van een betrouwbare overheid – gepleit voor het opnemen van de rechtsfiguur 'overheidscontract' in de Awb of in het BW (als bijzondere overeenkomst); het gaat Kortmann dus niet om één regeling van alle instrumenten

1535. Hiervoor werden bijv. aangehaald: HvJ EU 19 december 2012, C-159/11, ECLI:EU:C:2012:817 (ASL Lecce); HvJ EU 18 oktober 2018, C-606/17, ECLI:EU:C:2018:843 (IBA Molecular Italy).

in de Awb maar om een duidelijkere verankering van het overheidscontract.<sup>1536</sup> In zijn visie kan het opnemen van regels omtrent het overheidscontract, waaronder alle overeenkomsten met de overheid moeten worden verstaan, onduidelijkheid tegengaan over de status van toezeggingen door de overheid aan burgers. Ook kan in deze regulering rekening worden gehouden met de verschillen die er bestaan tussen contracten tussen burgers onderling en de overheid en burgers; in de contractuele relatie tussen deze laatsten kunnen immers ook publieke belangen een rol spelen. Schlössels & Zijlstra menen echter dat met een dergelijke regeling weinig winst valt te boeken.<sup>1537</sup> Huisman & Van Ommeren wijzen erop dat in de literatuur een algemene codificatie van de privaatrechtelijke overheidsovereenkomsten niet als wenselijk wordt beschouwd; ook zij delen deze opvatting.<sup>1538</sup> Tevens zijn zij er ook geen voorstander van om de bevoegdheid van de bestuursrechter uit te breiden naar alle ‘bestuurlijke rechtsbetrekkingen’, waaronder dus ook overheidscontracten zouden vallen. Volgens hen is niet duidelijk welk probleem daarmee zou worden opgelost en zou het ‘zonder noodzaak de historische wortels van de huidige bestuursrechtelijke rechtsbescherming verwaarlozen’.<sup>1539</sup> Aangezien nog onduidelijk is in hoeverre een dergelijke stelselwijziging voor duidelijkheid over de instrumenten en hun scheidslijnen kan zorgen, verdient dit scenario dan ook geen aanbeveling. Een dergelijke fundamentele stap vereist bovendien een diepgaand onderzoek naar de effecten ervan bij allerlei andere overheidscontracten.

*Aanbevelenswaardig scenario 2: verduidelijken scheidslijnen in Awb en Ar*

Aanbevelenswaardig is dus scenario 2. Ten eerste betreft dit de aanpassing van de subsidie-definitie in art. 4:21 Awb. Al in 1998 is door Jacobs, op basis van bevindingen uit haar onderzoek, een voorstel gedaan om de definitie van de subsidie te wijzigen.<sup>1540</sup> Zij komt namelijk tot de conclusie – die ik deel – dat de elementen van het begrip subsidie in de Awb niet voldoende zijn om de subsidie af te kunnen bakenen van andere instrumenten waarmee geld wordt verstrekt, zoals een betaling voor geleverde diensten.

Aan de hand van een onderzoek naar de motieven van het verstrekken van subsidies door bestuursorganen, wijst zij er dan op dat de redenen dat overheden kiezen voor het subsidie-instrument ligt in het feit dat zij het verrichten van bepaalde activiteiten willen stimuleren. Degene tot wie de subsidie zich richt, is daarbij geheel vrij om zich al dan niet te laten stimuleren. Volgens Jacobs is dit dan ook aan te merken als het verschil van de subsidie met andere instrumenten: namelijk enerzijds een overheid die financiën ter beschikking stelt om bepaalde activiteiten te stimuleren of te ondersteunen en anderzijds de vrijheid van individuen of instellingen om daar al dan niet gebruik van te maken. Uiteraard valt onder de regeling van de subsidie wel de terugbetaling van subsidiegelden als daarvan geen gebruik wordt gemaakt. Voor activiteiten waarbij het bestuursorgaan de uitvoering van de activiteit

1536. Kortmann 2018, p. 162.

1537. Schlössels & Zijlstra 2017, p. 745.

1538. Huisman & Van Ommeren 2019, p. 691.

1539. Huisman & Van Ommeren 2019, p. 743. Overigens zijn zij wel voorstander van het uitbreiden van het besluit-begrip naar alle *bestuursrechtelijke* rechtsbetrekkingen, zie m.n. Van Ommeren & Huisman 2013.

1540. Jacobs 1999, p. 37-43.

zeker wil stellen, kan de subsidie met het oog op dat verschil dus niet worden gebruikt. Zij stelde dan ook voor om de definitie als volgt te wijzigen: *‘Onder subsidie wordt verstaan: de aanspraak op financiële middelen, door een bestuursorgaan verstrekt teneinde het verrichten van bepaalde activiteiten door de aanvrager te stimuleren, anders dan als betaling aan het bestuursorgaan voor de levering van goederen of diensten’*.

Deze wijziging is er gezien de huidige definitie van art. 4:21 Awb niet gekomen, en dat is te betreuren. Dit zou namelijk een belangrijke stap geweest zijn om de verwarring tussen de overheidsopdracht en de subsidie die er in de praktijk is, weg te nemen. Ik doe dan ook in navolging van Jacobs de aanbeveling om de subsidie-definitie aan te passen. Daarbij stel ik echter ook een extra aanpassing voor met het oog op de afbakening van de overheidsopdracht en de subsidie en het tegengaan van verwarring daartussen. Aanbeveling verdient namelijk tevens om de voor verkeerde interpretaties vatbare zinsnede ‘anders dan als betaling aan het bestuursorgaan voor de levering van goederen of diensten’, te wijzigen in: ‘niet zijnde een overheids- of concessieopdracht als bedoeld in art. 1.1 van de Aanbestedingswet 2012’. De voorgestelde definitie wordt dan aldus:

*‘Onder subsidie wordt verstaan: de aanspraak op financiële middelen, door een bestuursorgaan verstrekt teneinde het verrichten van bepaalde activiteiten door de aanvrager te stimuleren, niet zijnde een overheids- of concessieopdracht als bedoeld in art. 1.1 van de Aanbestedingswet 2012’.*

Daarbij zij opgemerkt dat er onder deze definitie ook geen ruimte meer bestaat voor een subsidie met een (afdwingbare) uitvoeringsverplichting, vanwege de toevoeging dat een subsidie enkel ziet op het *stimuleren* van activiteiten.

Ten tweede omvat dit scenario het overzichtelijk definiëren en positioneren van de verschillende instrumenten — de overheidsopdracht, concessieopdracht, vergunning, subsidie en het openhousemodel — in de Aanwijzingen voor de regelgeving. Ter verheldering kan allereerst worden bepaald dat bestuursorganen bij het kiezen van een instrument om activiteiten te organiseren, rekening houden met de juridische afbakening tussen de verschillende instrumenten. Vervolgens zou in het bijzonder aandacht moeten worden gegeven aan de EU-definities van de overheidsopdracht en concessieopdracht, die voortgaan op nationale definities. Zo zou naast de EU-definitie van de overheidsopdracht en de concessieopdracht ook moeten worden opgenomen dat elke subsidie, vergunning, of (nationale) concessie die aan die definitie voldoet, als zodanig moet worden aangemerkt. Verder dient ook het openhousemodel ter onderscheiding van de overheidsopdracht te worden opgenomen. Op deze wijze wordt voor overheden voorzien in een duidelijk overzicht van de verschillende instrumenten en hoe deze juridisch van elkaar moeten worden onderscheiden.



*Aanbeveling nationale wetgever 2: openhousemodel opnemen in aparte afdeling Aw 2012*

Het openhousemodel is op dit moment niet geregeld in de Nederlandse wetgeving. Zoals ook reeds opgemerkt door de CvAE in Advies 507 leidt dit tot onduidelijkheid in de inkoop- en rechtspraktijk. Het verdient dan ook aanbeveling om dit instrument in wetgeving op te nemen.

Anders dan de CvAE, die de voorkeur geeft aan een aparte wettelijke regeling, ben ik er voorstander van om deze regeling onder te brengen in de Aanbestedingswet 2012 – en wel in een aparte afdeling daarvan. Het neerleggen van het openhousemodel in aparte regelgeving zorgt namelijk voor nog meer fragmentatie van regelingen en dus voor meer onduidelijkheid en rechtsonzekerheid. Beter is het om de overheidsopdracht en het openhousemodel naast elkaar op te nemen, zodat de verschillen daartussen direct in één wet zichtbaar worden. Van belang is daarbij ook dat bepalingen uit deel 1 Aw 2012, waarin de aanbestedingsbeginselen zijn opgenomen en die ook van toepassing (kunnen) zijn op het openhousemodel, daarop eenvoudig van toepassing kunnen worden verklaard. Dat neemt echter niet weg dat de huidige Aw 2012 op een ander instrument ziet dan het openhousemodel en de beginselen daarbij een andere invulling krijgen. Daarom moet daar dan wel een aparte afdeling voor worden gecreëerd, waaruit het onderscheid duidelijk blijkt.

Voor de daadwerkelijke inhoud van deze wettelijke regeling dient te worden aangesloten bij de EU-regels en beginselen van het vrije verkeer (voor een openhousemodel met duidelijk grensoverschrijdend belang) en aanvullend bij de nationale abbb. Zo kan de regeling onder meer omvatten:

- De EU-beginselen (non-discriminatie, gelijke behandeling, transparantie en proportionaliteit) en de nationale regels en beginselen die op een openhousemodel van toepassing zijn;
- De toepassing van deze beginselen bij de toetredingseisen: het moet gaan om niet-discriminerende en objectieve eisen, die proportioneel zijn;
- Dat alle (toetredings)eisen en voorwaarden vooraf door de aanbestedende dienst moeten worden vastgesteld en tussentijds niet kunnen worden gewijzigd;
- Welke (soort) toetredingseisen kunnen worden gesteld. Daarbij kan worden bezien in hoeverre die regeling verschillend moet zijn van de regeling over geschiktheidseisen (en uitsluitingsgronden) in de Aw 2012 (afdeling 2.3.5);
- Welke toetredingstermijnen kunnen worden gehanteerd als het openhousemodel een beperkte toetredingstijd heeft;
- Regels over de bekendmaking van een openhousemodel (met en zonder duidelijk grensoverschrijdend belang). Bijvoorbeeld een verplichte publicatie op een platform zoals TenderNed bij een openhousemodel met duidelijk grensoverschrijdend belang;
- Regels over de looptijd van het openhousemodel;
- Voor een regeling over het herstel van fouten (waarvoor bij een openhousemodel meer ruimte is), kan worden aangesloten bij art. 4:5 Awb;
- Klachtenregeling: een regeling op grond waarvan een afgewezen belanghebbende een klacht kan indienen bij de bevoegde instantie(s). Dit betreft in ieder geval de civiele rechter. Tevens zou het goed zijn als wordt voorzien in een

laagdrempeligere klachtenregeling. Op dit moment is de CvAE niet bevoegd advies te geven over kwesties die buiten de werkingssfeer van de Aanbestedingswet 2012 vallen; haar bevoegdheid verruimen tot geschillen over het openhousemodel zou aanbeveling verdienen.

Terzijde, bij het opnemen van een regeling voor het openhousemodel in de Aw 2012, zou het passend zijn een naamswijziging van de wet door te voeren, bijvoorbeeld breder geformuleerd: de Inkoop- en aanbestedingswet.

### 9.3.2 **Aanbevelingen ten behoeve van een goede organisatie van sociale diensten**

*Aanbeveling nationale wetgever 3: één uniforme en nader uitgewerkte procedure voor sociale diensten*

Op dit moment bestaat er in Nederland geen (uniforme) uitgewerkte aanbestedingsprocedure die duidelijk omschrijft welke mogelijkheden er al dan niet zijn bij een aanbestedingsprocedure voor sociale diensten. In art. 2.39 Aw 2012 zijn slechts de summier basisvereisten opgesomd, waaraan de procedure voor sociale en andere specifieke diensten moet voldoen (de zogenoemde SAS-procedure). Er zijn dan ook in de praktijk veel verschillende procedures in omloop – die ook steeds weer worden aangepast – die deze SAS-procedure nader invullen. Als gevolg daarvan kunnen zorgaanbieders echter steeds met verschillende procedures in aanraking komen, met alle administratieve lasten van dien. Bovendien bevordert het bestaan van deze verschillende procedures de juiste toepassing van het recht niet. Deze ruime vrijheid leidt in de praktijk namelijk tot het toepassen van allerlei niet-gereguleerde inkoopprocedures die strijdig (kunnen) zijn met de fundamentele beginselen van gelijke behandeling en non-discriminatie; daarbij ligt willekeur en discriminatie dan ook op de loer.<sup>1541</sup>

Het zou dan ook de goede organisatie van sociale diensten ten goede komen als, ter uitvoering van art. 76 Richtlijn 2014/24/EU in een meer toegespitste en meer uniforme procedure wordt voorzien in de Aw 2012. Dit zal de consistente toepassing bevorderen en onduidelijkheid, rechtsonzekerheid en administratieve lasten kunnen tegengaan. Bij de invulling van deze uniforme procedure kunnen andere procedures uit de Aw 2012 als voorbeeld worden genomen. Wanneer bijvoorbeeld ook dialoogsessies en onderhandelingen gedurende het aanbestedingsproces wenselijk blijken, dan kan worden gezien of bij een procedure voor sociale diensten de verschillende stappen uit de procedure van de concurrentiegerichte dialoog of de mededingingsprocedure met onderhandeling, daarin uitkomst kunnen bieden.

Een uniforme procedure betekent dus niet dat er geen maatwerk meer mogelijk is voor gemeenten. De voorgestelde uniforme procedure betreft het neerleggen van de standaardprocedure: duidelijkheid over de te volgen procedure, de grenzen en de (mogelijk) te nemen stappen. Vervolgens is het aan gemeenten om in concrete

<sup>1541</sup>. Zie ook bijv. in: Manunza, *Ars Aequi* 2017; Manunza & Meershoek, *PPLR* 2020, die er meermaals op hebben gewezen dat een teveel aan ruimte tot problemen leidt (waaronder corruptie).

gevallen maatwerk toe te passen. De noodzakelijke uitwerking van de SAS-procedure betreft daarbij in ieder geval:

1. Een uitwerking van de verplichting om tijdens de procedure de beginselen van gelijke behandeling, transparantie en proportionaliteit in acht te nemen. Zo zou bijvoorbeeld, in verband met het tegengaan van administratieve lasten, kunnen worden opgenomen dat aanbestedende diensten zorgen voor eenvoudige aanbestedingsdocumenten en dat zij slechts (uitvoerings- en geschiktheids)eisen stellen die daadwerkelijk noodzakelijk zijn voor de goede uitvoering van de opdracht.
2. Hoe inschrijvers geselecteerd worden (welke bewijsstukken kunnen worden opgevraagd ten aanzien van de kwaliteit van zorgaanbieders, referenties en financiële en economische draagkracht?) en als de procedure voorziet in nadere selectie: hoe een nadere selectieronde eruit ziet.
3. Welke gunningscriteria (specifiek voor sociale diensten) gehanteerd kunnen worden. Het kan dan gaan om bepaalde overkoepelende gunningscriteria, waarbij vervolgens verschillende indicatoren kunnen worden gehanteerd bij de verschillende sociale diensten, bijvoorbeeld variërend naar Wmo-diensten en jeugdzorg en naar soort jeugdzorgdiensten.

*Aanbeveling nationale wetgever 4: werkingssfeer van de Wet Bibob uitbreiden met het openhousemodel en (zorg)fraude als onderdeel van uitsluitingsgronden formuleren*

In het kader van de goede (organisatie van) zorg is ook het tegengaan van zorgfraude meegenomen. Fraude met geld dat bedoeld is voor goede zorg voor kwetsbare mensen komt in het sociaal domein namelijk regelmatig voor. Dit komt de goede organisatie van zorg niet ten goede. In dit onderzoek ben ik op twee mogelijkheden gestuit die de nationale wetgever kan gebruiken om de aanpak van zorgfraude weer een stap verder te brengen.

Allereerst gaat het om het uitbreiden van de werkingssfeer van de Wet Bibob, zodat ook (alle) opdrachten gegund door middel van een openhousemodel daaronder vallen en het onderbrengen van het openhousemodel onder hetzelfde bereik als de subsidie en vergunning.<sup>1542</sup> Juist bij een openhousemodel is screening op (zorg)fraude heel belangrijk, omdat de overheid toetreders tot dit stelsel – in het sociaal domein: de zorgaanbieders die zorg mogen leveren aan cliënten – slechts controleert op het voldoen aan randvoorwaarden en minimumeisen. Inmiddels ligt er een wetsvoorstel voor om een openhousemodel voor sociale diensten onder het toepassingsbereik van deze wet te brengen, dat is een goede ontwikkeling.<sup>1543</sup> In het wetsvoorstel wordt het openhousemodel echter gebracht onder dezelfde regeling als de overheidsopdracht. Dit is onnodig beperkend. Het Bibob-instrumentarium kan namelijk een minder vergaand effect hebben bij overheidsopdrachten omdat een inschrijver alleen van een overheidsopdracht kan worden uitgesloten als er sprake is van een van de uitsluitingsgronden die uitputtend in de Aanbeste-

1542. Deze aanbeveling volgt uit hoofdstuk 5, waar – met het oog op de goede (organisatie van) zorg – de mogelijkheden zijn bezien om bij het openhousemodel maatregelen te nemen om zorgfraude tegen te gaan (par. 5.7).

1543. Zie het amendement van de leden Palland en Bikker van 24 maart 2022, *Kamerstukken II 2021/22, 35764*, nr. 9 aangenomen op 29 maart 2022.

dingswet zijn opgesomd (art. 2.86 en 2.87 Aw 2012) en die niet altijd overeenkomen met de delicten die in het licht van een Bibob-onderzoek naar voren kunnen komen. Dit geldt niet voor een openhousemodel en dit instrument kan dan ook onder hetzelfde bereik van de Wet Bibob worden gebracht als subsidies en vergunningen. Daarnaast is het aanbevelenswaardig om het openhousemodel in zijn geheel – en niet alleen voor sociale diensten – onder de werking van dit wettelijk screeningsinstrument te brengen. Het openhousemodel kan immers ook worden toegepast voor de organisatie van andere diensten, waarbij deze voorafgaande screening relevant kan zijn.

Ten tweede gaat mijn voorstel om het verder uitwerken van het begrip ‘ernstige beroepsfout’ in art. 2.87 lid 1 sub c Aw 2012 van de uitsluitingsgronden van het aanbestedingsrecht door daaronder (ook) ernstige fraude met overheidsgeld te scharen.<sup>1544</sup> Het is namelijk aan de lidstaten overgelaten om deze uitsluitingsgrond nader in te vullen. Uit jurisprudentie van het HvJ EU blijkt daarbij dat het wel moet gaan om fraude die gepleegd is met kwade opzet of nalatigheid van een zekere ernst.<sup>1545</sup> Een expliciete vermelding bijvoorbeeld in de memorie van toelichting bij de Aanbestedingswet 2012 of wellicht in de Gids Proportionaliteit, zal gemeenten meer rechtszekerheid bieden en het eenvoudiger maken om over te gaan tot uitsluiting in gevallen van ernstige (zorg)fraude in bovenbedoelde zin. Om misstanden te voorkomen zou moeten worden verduidelijkt welk bewijsmiddel voldoende is voor aanbestedende diensten om de (zorg)fraude aan te tonen, zodat tot uitsluiting kan worden overgegaan. Ook moet de effectieve rechtsbescherming voldoende worden gewaarborgd.

*Aanbeveling gemeenten: oproep voor professionalisering en benutten mogelijkheden voor goede zorg*

Het is aan gemeenten om sociale diensten op een goede wijze te organiseren, met het oog op de huidige, maar ook toekomstige generaties. Het is van belang dat zij met het oog daarop het beschikbare instrumentarium goed kennen en benutten. Daarbij is allereerst van belang dat kennis bestaat over de te kiezen instrumenten en hun scheidslijnen. Daarbij is vervolgens van belang dat gemeenten kennis hebben van de voor- en nadelen die met de verschillende instrumenten kunnen worden bereikt en dat zij de mogelijkheden en ruimte die er binnen een gekozen instrument zijn om goede zorg te organiseren, inzetten. Zo wordt bijvoorbeeld met het openhousemodel veel keuzevrijheid voor cliënten bereikt en krijgt ook een grote groep zorgaanbieders de ruimte om zorg van goede kwaliteit te leveren. Tegelijk is het aanbevelenswaardig bij de keuze voor een openhousemodel veel aandacht te besteden aan de randvoorwaarden, zodat toetreding van niet-geschikte zorgaanbieders wordt tegengegaan en ook veel aandacht te besteden aan de monitoring van de zorgaanbieders.

Een overheidsopdracht kan als instrument worden ingezet om zorgaanbieders uit te dagen om de beste oplossingen – bijvoorbeeld ook innovatieve en duurzame

1544. Dit volgt uit hoofdstuk 3, par. 3.4, waar – met het oog op de goede (organisatie van) zorg – de mogelijkheden zijn gezien om bij een overheidsopdracht maatregelen te nemen om zorgfraude tegen te gaan.

1545. HvJ EU 13 december 2012, C-465/11, ECLI:EU:C:2012:801 (*Forposta*).

oplossingen – aan te dragen voor de organisatie van sociale diensten. Door middel van dit instrument kunnen dan ook diensten van goede kwaliteit tegen een bepaalde prijs worden georganiseerd en zorgaanbieders gecontracteerd die het beste het doel van de betreffende gemeenten beogen te bereiken. Tegelijk verdient het aanbeveling om aandacht te besteden aan het tegengaan van administratieve lasten en in te zetten op standaardisatie en vereenvoudiging van aanbestedingsprocedures. Zo is het meer specifiek van belang dat bijvoorbeeld de aanbestedingsdocumenten bondig en overzichtelijk worden vormgegeven en zij alleen de noodzakelijke informatie omvatten. Wijs daarbij in een zo vroeg mogelijk stadium, bijvoorbeeld bij een vooraankondiging van de opdracht, op de documenten die zorgaanbieders moeten aanleveren om hun geschiktheid aan te tonen. Stel geen onnodig zware eisen aan zorgaanbieders, maar vergemakkelijk het aanbestedingsproces.

*Aanbeveling aan de zorgsector: zet in op vereenvoudiging, standaardisering en professionalisering*

Ten slotte past ook een aanbeveling aan de zorgsector. Daarbij roep ik er allereerst toe op om als sector – naar voorbeeld van bijvoorbeeld de bouwsector – bij elkaar te komen en in gesprek te gaan met de overheid en met experts. Zet daarbij in op meer standaardisering en op vereenvoudiging, bijvoorbeeld door in samenspraak standaardcontracten en -voorwaarden op te stellen. Richt daarnaast bijvoorbeeld een instantie op die zorgaanbieders kan ondersteunen bij het proces rondom aanbestedingen.

Daarnaast is van belang om de kennis over en ervaring met aanbestedingen te vergroten en voor zover mogelijk actief mee te denken met gemeenten over passende oplossingen voor goede zorg. Benut daarbij de mogelijkheden om gemeenten te tonen hoe de zorgaanbieder daaraan bijdraagt en om te pleiten voor vereenvoudiging. Een aanbestedingsprocedure is er immers uiteindelijk op gericht om de beste oplossing te vinden voor een goede organisatie van sociale diensten; een doel dat door alle partijen wordt nagestreefd.



# English Summary

## INSTRUMENTS FOR THE EXTERNALISATION OF SOCIAL CARE SERVICES. DISTINGUISHING PUBLIC CONTRACTS FROM SUBSIDIES, AUTHORISATION SCHEMES, CONCESSION CONTRACTS AND THE OPEN-HOUSE MODEL

### 1 **Introduction: distinguishing public contracts from subsidies, authorisation schemes, concession contracts and the open-house model**

Public authorities can use various legal instruments to organise society. They can choose to award public contracts within the meaning of the EU Public Procurement Directives (most prominently Directive 2014/24/EU) or make use of the traditional instruments such as subsidies, authorisation schemes and concession contracts, as well as the so-called ‘open-house model’. In practice, however, there is legal uncertainty about the dividing lines between these instruments, in particular about the demarcation of public contracts (and concession contracts) and subsidies, authorisation schemes, (national) concessions and the open-house model. There is also uncertainty about the dividing line between public contracts and concession contracts, as defined by Directive 2014/23/EU. Therefore, this research focuses on clarifying the dividing lines between these instruments.

This research focusses on the organisation of social care services in the Netherlands to provide an understanding of the previously mentioned lack of certainty. Since the decentralisation of social care services in the Netherlands in 2015, municipalities have been placed at the forefront to ensure that the services prescribed by different Social Acts, a.o. *Jeugdwet* (Youth Care Act) and *Wet maatschappelijke ondersteuning* 2015 (Social Support Act 2015) are provided to their citizens and are of the legally prescribed quality. More specifically, they need to organise crucial services for vulnerable people, whilst also dealing with several challenges that currently face the healthcare sector such as aging and rising healthcare costs. These social care services include youth care, sheltered housing for people with psychological or psychosocial problems, daytime activities, personal care and/or domestic help for vulnerable people such as the elderly and disabled. In order to realise this extensive task, the aforementioned legal instruments play an important role.

It is precisely with regard to these services that public authorities can make use of various instruments, because there is a triangular relationship between the municipality, the care provider and the care recipients. Public authorities can choose – within certain boundaries – between public contracts and other legal instruments as authorisation schemes or the open-house model. Municipalities can also choose to carry out social care services by themselves (so-called ‘insourcing’), but this has not been taken into account in this research. However, these public authorities struggle to distinguish between public contracts and subsidies; between public contracts and an open-house model or an authorisation scheme. The practical consequence is often that public contracts are unnecessarily tendered in the absence of a legal obligation and subsidies are illegitimately directly given to a supplier

while they should be tendered because in fact they fall under the definition of public contracts as laid down in Directive 2014/24/EU. Additionally, a development is visible in which new and informal commissioning models have become more and more apparent, raising questions about their legality and whether they also fall within the scope of the public procurement law regime. Problematically speaking, choosing the best solution for the goal that public authorities seek to achieve is more complex when the dividing lines between the many legal instruments (public contracts, subsidies, authorisation schemes, open-house systems and concessions) are not clearly demarked. Clarity is, thus, of utmost importance.

The choice for one or the other instrument can also have different advantages and disadvantages with regard to the organisation of healthcare services. This research also pays attention to the (dis)advantages that a choice for one or the other legal instrument can have on the good organisation of social care services. Good in this regard means a most optimal balance of different aspects related to the organisation of social care and that result in wanted outcomes. With regard to the good organisation of care, this research aligns with three important pillars of care, and involves as elements: affordability (1); accessibility (in the sense that it provides freedom for the care recipients to choose healthcare providers) (2); and quality (3) of social care services. Additionally, attention is paid to a pressing issue related to the organisation of social care services: the prevention of healthcare fraud (4). Every instrument is analysed based on these four elements. However, these four elements are not intended as an exhaustive list of elements that can be related to a good organisation of social care. Therefore, some important advantages and/or disadvantages of the instruments become visible on the basis of these important elements. On the basis of these considerations, it is for municipalities to decide what advantages and/or disadvantages of the different instruments are in line with their policy objectives.

In light of the above, the main research question is formulated as follows: *‘How should the legal instrument of public contracts be distinguished from the legal instruments subsidies, authorisation schemes, the open-house model and concessions, to ensure a lawful use of these instruments and in which advantages and/or disadvantages does the choice for one or the other instrument result with a view to a good organisation of social care services?’*

In addition to legal doctrinal research, this research also builds upon findings from other (economic/supply management) sciences in an interdisciplinary manner to the organisation of social care services in the Netherlands.

## **2 The organisation of social care services: between national sovereignty and the European Social Market Economy**

EU law plays a fundamental role in the organisation of social care. Chapter 2 of this research, therefore, discusses the applicable EU law to the organisation of social care services. The EU and the Member States have shared competences when it comes to social policy and the internal market on the basis of Article 4 TFEU (*Treaty of the Functioning of the EU*). The Member States have, thus, transferred powers to the EU, which may also affect the organisation of social care services. An examination of these competences shows, first of all, that the EU has hardly acted in the social



field to regulate these services due to the distinct historical context and cultural tradition of social care services in the Member States. The emphasis in this area lays on the national sovereignty that Member States have in organising these services. This is exemplified by which services they classify as social care services, the quality standard to which the services must comply, how they finance them and how much money is spent on them.

In this chapter, it has become clear that it is mainly the EU internal market powers that lead to applicability of EU rules on the organisation of social care services by municipalities. With the aim of creating an internal market, intending to benefit all the Member States, the discretionary freedom of Member States to organise (social care) services is limited by the rules that guarantee free movement and, fair and effective competition within the EU. For example, when awarding public contracts municipalities must observe EU Public Procurement Law, when granting subsidies they must comply with the state aid rules and when using authorisation schemes with the EU Services Directive and/or the free movement rules of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU).

In this context, it is important to note that these rules serve the creation of a European social market economy on the basis of Article 3 (3) Treaty on the European Union (TEU), since the Lisbon Treaty of 2009. Within this EU social market economy objective Member States have more room to take into account the specific needs of social care services when organising them. The social market economy aims to enable Member States to provide social care services of good quality at their own 'sovereign' discretion, while at the same time offering all interested and capable healthcare providers from the EU an equal opportunity to provide these services. As a consequence, it prevents arbitrariness, fraud and disproportionate conditions. The social market economy ultimately contributes to the main objectives of the EU: to promote peace, its values and the well-being of its peoples (Article 3 (1) TEU). Therefore, the internal market rules should always be viewed in light of these main objectives of the EU, which creates room for national measures that serve these objectives.

For example, as becomes clear from the case law of the Court of Justice of the European Union (CJEU), Member States have discretionary power under the free movement rules to design their own social security system and to pursue certain national needs when designing it. Additionally, also the EU Public Procurement Directives offer discretionary power for the Member States to take into account the special needs of social care services. In this way, I argue that a public procurement procedure, provided that the wide possibilities offered by the regulation are used, can also be an instrument for the organisation of social care services of 'good quality' in accordance with national quality standards, while at the same time creating a level playing field for all interested care providers.

Finally, EU internal market law is not applicable to non-economic activities. At present, social care services are, however, organised as economic activities in the Netherlands. If activities as for example Youth Care are contrarily withdrawn from market mechanisms – e.g. for political or social reasons – EU internal market law is not applicable.

### 3 **The dividing lines between public contracts and subsidies, authorisation schemes, concessions and the open-house model**

The Chapters 3 to 6 of this research examine the various legal instruments and the dividing lines between public contracts and the other instruments. On the basis of these dividing lines, it becomes clear how public authorities – municipalities organising social care services – can distinguish public contracts from subsidies, authorisation schemes, concessions and the open-house model. Accordingly, it aims to bring further legal certainty to the current academic debate about these dividing lines.

#### 3.1 **The EU definition of a public contract should lead the identification of the dividing lines between legal instruments**

In order to identify the dividing lines of public contracts with other instruments, Chapter 3 of this research takes the EU definition of public contracts in Article 2, paragraph 1, sub 5 of Directive 2014/24/EU as a starting point. In this research, I argue that this definition should take precedence given its EU legal status. It is vested on the idea that a new autonomous legal order has emerged through the conclusion of the EU Treaties and the transfer of competences by the Member States to the EU: the European Union. This autonomous legal order has its own objectives and its own conceptual framework. As a consequence, EU law takes precedence over national law. EU legal instruments and their definitions, therefore, take precedence over national instruments and their definitions. In order to achieve the EU objectives and implement EU law, the so-called ‘*effet utile*’ of EU law is central to this research, which means that all activities that qualify as public contracts (or concession contracts) within the meaning of the EU Public Procurement Directives must comply with these rules. Consequentially, municipalities must be prevented from circumventing EU law through the erroneous mislabelling of instruments. In other words, any instrument of public authority that is classified as a subsidy or authorisation scheme at the national level, but which is in reality a public contract or concession contract, must still comply with these EU rules. In this way, EU law and its objectives can be effectively applied and achieved. Therefore, the EU definition of public contracts is taken as the starting point to be to distinguish the different legal instruments.

##### *The definition of a public contract: legal criteria*

The EU definition of public contracts is laid down in art. 2, paragraph 1 (5) Directive 2014/24/EU and is implemented in art. 1.1 *Aanbestedingswet* 2012 (Public Procurement Act 2012) in the Netherlands. This definition includes the requirements – also referred to as legal criteria – to speak of a public contract and thus determines the scope of this concept, and ultimately the applicability of the abovementioned European and Dutch rules. The cumulative legal criteria are categorised in this research as follows:

1. contracts for pecuniary interest;
2. concluded in writing;
3. between one or more economic operators;

4. and one or more contracting authorities;
5. having as their object the execution of works, the supply of products or the provision of services.

*The definition of a public contract: jurisprudential criteria*

After an extensive analysis of the case law of the CJEU, it becomes apparent that these legal criteria are not sufficient to make a clear distinction between public contracts and other legal instruments. Hence, it is mainly the clarification and/or interpretation of this Court of these requirements that is vital for this discussion. More importantly, the Court has even introduced additional requirements in its case law, which do provide clarity for the dividing lines between public contracts and subsidies, authorisation schemes and the open-house model. These dividing lines, also referred to in this research as jurisprudential criteria of public contracts, concern:

- (1a-c) As a part of the legal criterion ‘contract for pecuniary interest’:
- a. the direct economic benefit to the contracting authority;
  - b. the duty to perform and enforceability of the contract;
  - c. the (broad interpretation of the) remuneration for the execution of a contract: any economic benefit.
- (6) exclusive selection (which means: awarding contracts to one or more interested parties with exclusivity).

The dividing line between public contracts and subsidies and authorisation schemes can be found in legal criterion 1: the ‘contract for pecuniary interest’-criterion, and as supplemented by the jurisprudential sub-criteria 1a-c. The dividing line between public contracts and the open-house model can be found in jurisprudential criterion 6: exclusive selection.

It should be noted that although the legal criteria only are not sufficient to draw the dividing lines between public contracts and other instruments, they are also necessary for the qualification of public contracts. However, the other legal criteria are easily fulfilled when it comes to the organisation of social care services: the written requirement is readily met (criterion 2); the concept of economic operator is deemed to be a broad concept, which is not so much about the nature of the activity or the legal form of the organisation, but in fact about whether there is competition, (criterion 3, more on this in § 5.3); municipalities that organise social care services are clearly contracting authorities (criterion 4); and this research focusses on the (social) services that fall under (art. 74-77) Directive 2014/24/EU (criterion 5). Therefore, the dividing lines to distinguish the legal instruments must be found in the legal and jurisprudential criteria 1 and 6.

---

**Distinguishing public contracts from other legal instruments: the dividing lines**


---

Legal criteria	(1) Contract for pecuniary interest	Dividing line between public contract and subsidy/authorisation scheme
	(2) concluded in writing	Written agreement/e-mail is sufficient
	(3) Economic operator(s)	Broad concept that includes every interested party
	(4) Contracting authorities	Municipalities
	(5) execution of works, supply of products or provision of services	Social Care Services are subject to art. 74 Directive 2014/24/EU
Jurisprudential criteria	(1a-c) <i>Sub-criteria contracts for pecuniary interest:</i> (a) Direct economic benefit to the contracting authority; (b) Enforceable performance obligation; (c) Remuneration: any economic benefit	Dividing line between public contract and subsidy and authorisation scheme
	(6) Exclusive selection	Dividing line between public contract and the open-house model

---

*Legal criteria to distinguish between public contracts and concession contracts*

Concession contracts can, subsequently, be distinguished from public contracts. This instrument, which has been harmonised at EU level with Directive 2014/23/EU, has its own EU definition. This means that public contracts and concession contracts are at an equal legal level. Important here are two legal criteria of concession contracts, which are – again – influenced by case law of the CJEU. The dividing lines are drawn by two intertwined criteria:

- (7a) The right to exploit (as a remuneration for the execution of the contract);
- (7b) Transfer of operating risk.

---



---

**Distinguishing public contracts from concession contracts**


---

Legal criteria	(7a) Right to exploit (7b) Transfer of operating risk	Dividing line public contract and concession contract
----------------	---	---

---

In addition, the EU concession contract can also be distinguished from authorisation schemes, subsidies and the open-house model. Fortunately, comparable legal and jurisprudential criteria apply here as between public contracts and these instruments (more about this in § 3.5).

### 3.2 **The ‘contract for pecuniary interest’-criterion and its jurisprudential sub-criteria create a clear dividing line between public contracts and subsidies/authorisation schemes**

Chapter 4 of this research discusses the most important dividing line to distinguish public contracts from subsidies and authorisation schemes: the criterion of ‘contract for pecuniary interest’. This legal dividing line is supplemented by the three sub-criteria that have been introduced in the CJEU’s case law: the existence of a direct economic benefit to the contracting authority (a), the enforceable performance obligation (b) and (the broad interpretation of remuneration, existing in any economic benefit (c). These sub-criteria further elaborate the bilateral relationship of contracts for pecuniary interest.

In a legal sense, contracts for pecuniary interest mean reciprocity: one party must perform the activity for which he receives a remuneration from the other party. The CJEU defines this as ‘a performance for a remuneration’. Therefore, all activities involving a performance for remuneration, fulfil the legal criterion ‘contract for pecuniary interest’ of the definition of public contracts. In my opinion, this general definition of ‘contract for pecuniary interest’ already shows a first dividing line between public contracts and subsidies and authorisation schemes. The latter instruments are unilateral legal acts instead of a bilateral legal act and do (in principle) not constitute a (bilateral) contract. As for subsidies and authorisation schemes, public authorities unilaterally grant subsidies or grant permission to carry out an activity instead engaging in a bilateral legal act.

Nevertheless, despite this important difference, public contracts are not properly distinguished from these instruments in practice. For example, confusion between them arises if an applicant for a subsidy or within an authorisation scheme has a duty to perform the activity concerned, based on an implementation agreement. Closing an implementation agreement together with granting a subsidy or within an authorisation scheme, is a possibility in Dutch public law which public authorities can use to be sure the activity will ultimately be carried out. However, this obligation to perform, often results in a reciprocal relationship that may indeed be sufficient to classify as a public contract. In addition, uncertainty about dividing lines can arise due to criteria used in practice to distinguish subsidies from public contracts – and vice versa. For example, it is argued that if only costs are reimbursed, this indicates that it is not a public contract, but instead is a subsidy. It is

also illegitimately argued that if the activities serve a public interest, this is an argument that there is a subsidy, while if the activities are carried out in the interest of the public authority, this is a public contract. However, such criteria do not take into account the requirements specified by the CJEU in its case law for the clarification and further specification of the nature of a contract for pecuniary interest. These are explained in more detail below and form important (sub) dividing lines between public contracts and subsidies/authorisation schemes. It is important to repeat here that if an act of a public authority fulfils the criteria of a public contract, a duty to tender in compliance with the Public Procurement Directives exists.

*Dividing line (1a): the direct economic benefit to the contracting authority*

Firstly, the case law of the CJEU shows, that — as part of the criterion ‘contract for pecuniary interest’ — the intended performance, as the subject of the agreement, must be of direct economic benefit to the contracting authority. A public contract requires that the works, services or goods, which must be executed under the contract, are performed as a direct economic benefit of the contracting authority. This criterion is easily fulfilled. For example, it appears from the case law that a contracting authority does not have to become the owner of the works, services or supplies, but that the economic benefit can also lie in the economic benefits that the contracting authority will derive from the work, services or goods, or that the authority has a financial interest, or is at risk of the economic failure of the works, services or goods.

This sub-criterion further clarifies the dividing line between public contracts and subsidies and authorisation schemes. In principle, there is no direct economic benefit to the involved authority when it comes to subsidised or authorised activities. These activities are primarily carried out for the benefit of the recipients of subsidies or the authorisation. Even though public authorities may ultimately benefit from the execution of these activities, this will generally be an *indirect* benefit. Accordingly, this sub-criterion is closely related to the requirement of reciprocity relating to public contracts or the unilateral nature of subsidies and authorisation schemes that is typical for these different instruments. It should be noted here that social care services are always performed for the benefit of third parties: the care recipients. However, the relationship between a public authority and the contractor or applicant of a subsidy/in an authorisation scheme is relevant in this case. It is a two-way relationship and the question is if there is a direct economic benefit to the contracting authority in the execution of the contract. To avoid uncertainty about the dividing lines between legal instruments, the above means that an important sub-criterion of the definition of public contracts is fulfilled, when a direct economic benefit arises in the relation between a public authority and an applicant for a subsidy or within an authorisation scheme.

*Dividing line (1b): the enforceable performance obligation*

Secondly, it follows from the CJEU’s caselaw that a contract for pecuniary interest means that the contracting party — in the case of social care services: the care provider — has a ‘duty to perform’ its obligations. Therefore, care providers have no choice but to perform the social care services laid down in reciprocal agreements, such as public contracts. According to the CJEU, these obligations must be legally

binding and their implementation must also be enforceable in court. Thus, contracts for pecuniary interest comprise an enforceable obligation to perform. This sub-criterion is of particular importance in distinguishing public contracts from subsidies and authorisation schemes. As already mentioned, on the basis of Dutch law, it is not prohibited to conclude an implementation agreement for the execution of an activity subject to an authorisation or subsidy scheme. However, adding a contractual duty to perform when using the instruments of subsidies and authorisation schemes can in fact lead to a reciprocal relationship that results in a contract for pecuniary interest within the meaning of the EU definition of public contracts. Therefore, this sub-criterion fulfils an important element of the public contracts' definition. Consequently, if the other requirements of the public contracts definition are also met, it means that the contract is subjected to EU Public Procurement Law. More problematically speaking, when it comes to the organisation of social care services, it seems that the fulfilment of this sub-criterion will likely also result in the fulfilment of the other criteria of a public contract.

*Dividing line (1c): the remuneration: any economic benefit*

Thirdly, the remuneration as the counterpart of the performance also concerns an important part of the 'contract for pecuniary interest'-criterion. The case law of the CJEU concludes that remuneration must be given a broad interpretation. It includes any kind of remuneration which has a monetary value. For example, the case law depicts that remuneration does not necessarily involve a marked-based payment for the works, services or goods. A (partial) cost reimbursement is also sufficient to speak of a public contract. Furthermore, obtaining benefits that can be valued in money can also be regarded as remuneration, such as the use (free of charge) of a building belonging to a public authority or the authority's contribution to the rent thereof. However, if there is no remuneration at all for the provision of the services, this does not constitute a contract for pecuniary interest.

This third sub-criterion of the 'contract for pecuniary interest'-criterion appears to be particularly important to distinguish public contracts from subsidies and to remove ambiguities about the dividing lines between them. On the basis of this sub-criterion, criteria used in practice to distinguish between legal instruments as briefly touched upon above, appear not to be in accordance with the EU definition of public contracts. Criteria such as that an activity can be regarded as a subsidy if only the costs are reimbursed or that it is a public contract if there is a link between the amount of payment and performance. In light of the examined case law on public contracts, it is irrelevant whether there is only a (partial) reimbursement of costs or whether there is a link between payment and performance. Even if there is no market-based payment, it may still be a public contract. Any kind of remuneration which has monetary value can be sufficient. On this basis, it is therefore possible that financial contributions that are regarded as subsidies under Dutch law must be regarded as a public contract under European law. Given the primacy of EU law over national law, these subsidies should be treated as public contracts and awarded via a public procurement procedure in Directive 2014/24/EU. Thus, in order to distinguish public contracts from subsidies and vice versa, any economic benefit can be sufficient to classify a subsidy as a public contract.

### 3.3 ‘Exclusive selection’ as clear dividing line between public contracts and the open-house model

Chapter 5 discusses the dividing line between public contracts and the open-house model. The CJEU has concluded in the cases *Falk Pharma* and *Tirkkonen* that the choice of a tender and, thus, of a successful tenderer, is intrinsically linked to the concept of ‘public contract’ within the meaning of Directive 2014/24/EU. Accordingly, a contracting authority must select one or multiple interested economic operators for the award of contract for a public contract to exist.

The Court bases this requirement of (exclusive) selection in particular on the objectives of the Public Procurement Directives, which purpose is to eliminate the risk that contracting authorities will give preference to national tenderers or candidates when awarding a contract. However, the risk of favouritism does not exist if no selection is made from the group of interested economic operators. Therefore, according to the Court, it is not necessary to apply Directive 2014/24/EU if an ‘open system’ is used in which no exclusive selection takes place.

The *Tirkkonen* case concludes that the essence of this exclusive selection-criterion consists of the question whether award criteria – criteria for the purpose of comparing and classifying admissible tenders – have been established in order to make a selection from all interested economic operators. However, I argue to define the dividing line more broadly as ‘exclusive selection’, to include those situations in which disguised award criteria are used or in which the Public Procurement Directive is circumvented by applying an open-house model in combination with a drawing of lots to award a public contract with exclusivity. However, the mere assessment of the suitability and competence of tenderers does not constitute a public contract. Even though this may lead to a selection of economic operators, a public contract involves exclusive selection on the basis of what is offered in the tenders.

Therefore, an open system does not fall under the scope of the definition of a public contracts provided that it concerns a contract concluded with all interested parties that meet predetermined (objective) pre-conditions (i), there is no selection for the purpose of awarding a contract to one or more interested parties with exclusivity (ii), and the choice for one of the parties is left to a third party (iii). This open system is generally referred to as the ‘open-house model’ in the Netherlands since the *Falk Pharma* case of the CJEU. Finally, this dividing line can also be used to distinguish subsidies and authorisation schemes that are freely available to everyone without any quotas from the public contract in certain cases.

### 3.4 The criteria ‘a right to exploit’ and ‘the transfer of operating risk’ constitute clear dividing lines between public contracts and concession contracts

Chapter 6, which focuses on concession contracts, discusses the dividing line between public contracts and concession contracts. Two (cumulative) requirements of concession contracts are important in order to distinguish these instruments from each other: the right to exploit in combination with the transfer of operating risk. Similar to public contracts, concession contracts involve a written contract



for pecuniary interest for the performance of a specific activity. In the case of a concession contract, however, the remuneration consists of a right to exploit a work or service, potentially in combination with additional payment. As the CJEU concluded in its extensive case law, this right to exploit implies the transfer of operating risk, which constitutes a second requirement. Both requirements have now been codified in art. 5 paragraph 1 sub a and b of Directive 2014/23/EU (Concessions Directive).

An analysis of the CJEU's case-law in combination with the provisions and preamble of the Concessions Directive show that the right to exploit-criterion must be interpreted broadly and that – partly because of this – the second criterion of transfer of exploitation risk, has been given more emphasis in the development of this dividing line. Accordingly, obtaining an exploitation right does not only refer to the right to collect fees from third parties. This criterion can also be fulfilled (and a concession contract can also exist) in the case of a direct payment by a contracting authority, provided that recouping the investments and the costs incurred by the economic operator depends on the actual demand for or the supply of the service or the good (the second criterion). Applied to the organisation of social care services, it could be argued that there is a concession contract in case a municipality commissions one care provider to organise all youth care for a certain budget and that this healthcare provider must then organise ('exploit') these healthcare services for the assigned budget.

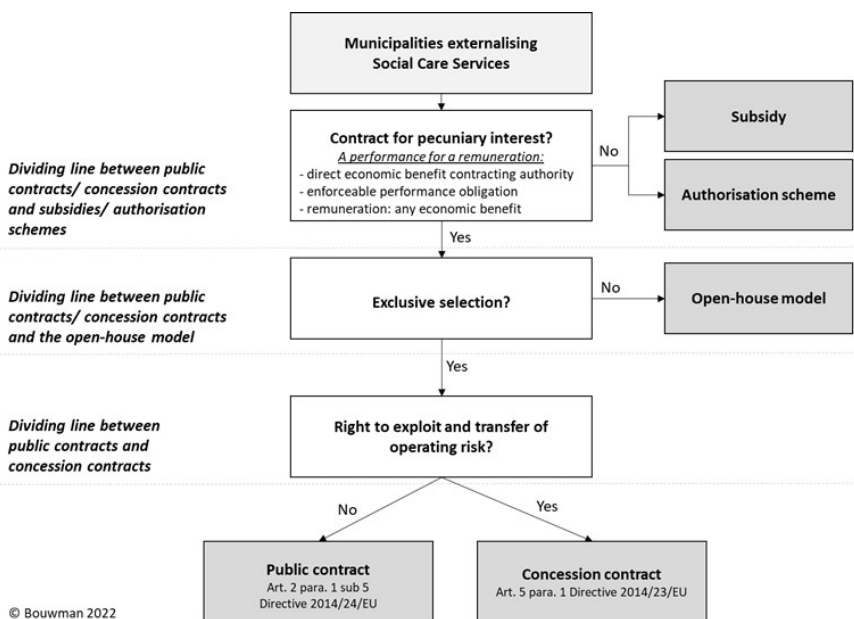
Important (cumulative) requirements laid down in the Concession Directive for determining the operational risk are: the operational risk must result from the exploitation of the works or services (i), the operating risk must consist of a demand and/or supply risk (ii), there is no guarantee to recoup investments and/or the costs incurred in operating the works or services(iii) and the part of the risk transferred to the concessionaire shall involve real exposure to the vagaries of the market, such that any potential estimated loss incurred by the concessionaire shall not be merely nominal or negligible (iv). These requirements must be met to be able to speak of a concession contract.

### **3.5 Dividing lines between concession contracts and subsidies, authorisation schemes and the open-house model**

Chapter 6 also discusses the dividing lines between EU concession contracts and subsidies, authorisation schemes and the open-house model. Concession contracts must be distinguished from these instruments in a similar way as public contracts. In this respect, once the criteria of the EU definition of concession contracts have been fulfilled, the activity should be classified as a concession contract. The same criteria are important for this distinction as those that apply to the distinction between public contracts and these instruments. It involves the criteria mentioned before in section 3.2 and 3.3. There must be a contract for pecuniary interest for a concession contract to exist. More specifically, a performance for remuneration must exist. Again, it must be determined whether there is a direct economic benefit to the contracting authority (i), an enforceable performance obligation (ii) and a remuneration existing in any economic benefit (iii). In the case of a concession

contract, this remuneration can only consist of a right to exploit and does not have to involve payment or compensation from the contracting authority. As a consequence, the criteria of the concession contracts definition will be fulfilled quite easily, if there is a duty to perform the services (or works), which is in turn legally enforceable as well. Finally, the dividing line of exclusive selection also applies to the distinction between concession contracts and the open-house model. If a contracting authority does not make a choice between interested economic operators and contracts are not awarded with exclusivity to one or more interested parties, this does not constitute a concession contract. The Concessions Directive provides for the protection of economic operators during this (exclusive) selection process (the public procurement procedure).

### 3.6 Decision scheme: how to choose between legal instruments?



### 3.7 Identification of different functions of public authorities: contracting authority, gatekeeper or supporter

Based on the above analysis of legal instruments, chapter 4 identifies three functions of public authorities that illustrate and further clarify the distinction between the instruments: public authorities as a contracting authority (commissioning a service), a supporter or as a gatekeeper. When concluding public contracts and concession contracts, public authorities have a function of a contracting authority (or buyer) commissioning certain tasks. Here, the public authority wishes to ensure the performance of a task, which leads to a contract for pecuniary interest. Exclusive selection is – usually – desirable: one or more contractors must be contracted for the execution of a task. On their turn, subsidies lack this commissioning element.

As such, public authorities have a stimulating or supporting role. Therefore, a contract for pecuniary interest in principle is not a suitable way to organise the activity to be subsidised. Regarding authorisation schemes, public authorities act like gatekeepers who give permission to carry out an activity as soon as certain preconditions are met, and further selection of the provider of the activity is in principle left to third parties. In this case, no contract for pecuniary interest is necessary again. If that is the case, then the public authorities function will likely shift to a contracting authority (or buyer) role who wants to commission the services. In this division of roles, the open-house model is situated between the functions of a contracting authority (commissioning tasks) and a gatekeeper. This model includes both a contract and an open system in which public authorities do not make a selection, but only tests whether the entry conditions have been met (similar to authorisation schemes).

#### 4 **Legal status open-house model**

Chapter 5 examines the legal status of the open-house model. In the Netherlands, there is legal uncertainty about the rules applicable to the open-house model. From an analysis of the characteristics of this instrument, it follows that the law applicable to the open-house model is similar to the rules applicable to authorisation schemes. Although the open-house model differs from authorisation schemes – it leads to the concluding of contracts for pecuniary interests -, the open-house model is comparable to authorisations schemes, because it also consists of an accession system for all interested parties that fulfil certain preconditions. Both instruments use preconditions for interested economic operators prior to being allowed (authorisation schemes) or required (open-house model) to perform certain tasks.

As a result, I argue that the open-house model – similar to authorisation schemes – is subjected to the free movement rules and the fundamental principles of the TFEU, in particular the principles of non-discrimination and equal treatment of all interested economic operators and the consequent obligation of transparency, provided that there is a cross-border interest. On the basis of this conclusion, first of all, applying an open-house model requires ‘adequate publicity’ of (the contracts to be obtained in) the open-house model. This allows potentially interested economic operators to apprise themselves properly of the conduct and the essential characteristics of the procedure. This means a less far-reaching set of legal requirements applies than the publicity requirement of public contracts that fall under the scope Directive 2014/24/EU. For example, it is sufficient to publish the open-house model on a municipal website. If, however, the time to accede to the open-house model is limited by the public authority, then this requires a stricter publicity obligation, because all interested parties must be able to find out about the open-house model in due time. As a solution, the announcements could be made (in the Netherlands) by using the TenderNed platform, which is the (Dutch) platform for all announcements of EU public contracts.

EU law also applies to the preconditions that are set within the open-house model. Consequently, these conditions, which depict if economic operators can accede to the system, may not impede the free movement rules, unless there is an objective

justification. For example, impeding requirements concerning language, qualities or skills as a condition to accede are only permitted if they are non-discriminatory (i), there is an overriding reason in the public interest (ii) and this requirement is suitable and necessary to achieve the aim pursued and is proportional (the proportionality test) (iii). The aim to organise social care services of good quality – which can fall under justification grounds of social policy or the proper performance of a service of general interest – can be an important reason to justify an impediment of the free movement rules, as long as the measure or requirement is suitable, necessary and proportionate to achieve the intended objective. Finally, all preconditions must be objective (and non-discriminatory) in order to avoid arbitrariness, they must be proportional and they must also be determined in advance by contracting authorities. It is, therefore, not possible to negotiate with interested parties – in advance or interim – about these preconditions and the fundamental aspects of the contract, such as the price or the scope of the contract.

According to national (Dutch) law, a decision of an administrative body (here: the bodies of a municipality) to admit a healthcare provider to an open-house model can be regarded as a decision in the sense of the Dutch *Algemene Wet Bestuursrecht* (Awb; General Administrative Act). This means, these decisions fall under Dutch public law. In addition, however, the open-house model concerns a contractual agreement. This part of the open-house model falls under Dutch private law and is subjected to the provisions of the Dutch Civil Code. On the basis of article 3:14 Dutch Civil Code (and its equivalent article 3:1 (sub 2) Awb), the written and unwritten Dutch general principles of good governance from administrative law also apply to this agreement. The competent court to judge in disputes about both the admission decision and the contractual agreement is the Dutch Civil Court. Pursuant to article 8:3, paragraph 2 Awb, disputes about decisions in preparation for private law actions do not fall under the jurisdiction of the Dutch Administrative Court.

## 5 **Social care services of good quality for current and future generations**

The dividing lines between legal instruments have been examined in this research in particular with regard to the organisation of social care services. On the basis of the dividing lines described above, municipalities, first of all, have clarity about the instruments they can choose, and under what legal conditions they can use them. In addition, chapters 3 to 6 also examine the advantages and disadvantages of a choice for one instrument or the other instrument on the good organisation of social care services. These specific findings related to social care services are briefly described below.

### 5.1 **Clear dividing lines between instruments for a good organisation of social care services**

The dividing lines identified above between public contracts and subsidies, authorisation schemes, concession contracts and the open-house model must also be applied while organising social care services. Every instrument used by a municipality organising social care services that qualifies as a public contract in the sense

of Directive 2014/24/EU, should be tendered in accordance with this Directive. Therefore, if an instrument is labelled as a subsidy but in fact is a public contract, it must be treated as a public contract, otherwise the award of the contract could be contrary to EU public procurement law. If contracts are awarded to any interested party without exclusive selection, this is an open-house model that does not fall under EU Directive 2014/24/EU. The analysis of the dividing line between public contracts and the concession contracts specifically for social care services has shown that in (Dutch) practice some public contracts for these services move towards a concession contract; another instrument with a different legal framework. This concerns, for example, the case in which one or more healthcare providers have to organise various social care services for a certain region for a certain budget and there is no guarantee to recoup the investments and/or the costs incurred in operating the works or services, but this depends on the actual demand for or the supply of the service or the works. This risk, however, may not be merely nominal or negligible.

Additionally, various tender procedures have been developed by the supply management/administrative sciences often in cooperation with municipalities in the Dutch social care sector. This is discussed more detailed in Chapter 7. The most recent ones are the *Zeeuws model (Zeeland Model)*, *Dialoggerichte procedure (Dialogue procedure)*, *Prestatiegericht inkopen (performance-based contracting)* and *Onderhandelingsprocedure sociaal domein (negotiation procedure social sector)*. These procedures are subject to specific rules regarding to 'social and other specific services' of art. 74-77 Directive 2014/24/EU and are implemented in arts. 2.38 and 2.39 of the Dutch Public Procurement Act 2012. These provisions leave much room for municipalities to choose a suitable public procurement procedure for these services. However, it is still necessary to test whether or not there is a public contract in the sense of Directive 2014/24/EU. Alternatively, if there is an open-house model, as usually is the case with the *Zeeuws model*, then this is not a public contract in the meaning of Directive 2014/24/EU and different EU (and national) rules apply.

When applying EU public procurement law to these non-regulated procedures, the specific EU Public Procurement rules for social care services indeed offer a lot of room to design a procedure to organise social care services that suits the needs of the municipality and the care recipients. Firstly, I argue that it is, however, up to the Dutch legislator to legislate this specific procedure and to specify the discretion that municipalities have to organise these services properly. This cannot be left to local governments.

Secondly, some aspects of the abovementioned procedures clearly create tensions with EU Public Procurement Law or even violate this field of law. For example, with regard to negotiations that take place in some of these non-regulated procedures, it is (in principle) forbidden under EU Public procurement law to freely negotiate about the conditions, requirements and the substance of the contract itself. Preliminary market consultations are, however, possible. Additionally, the regulated competitive dialogue procedure or competitive procedure with negotiation (arts. 26, 29 and 30 Directive 2014/24) seem to be able to be used for the procurement of social care services. These procedures allow a form of negotiations or dialogue during the procedure.

Next to this, I argue that the inclusion of interviews with key persons of contracting parties as a (sub)award-criteria during a public procurement procedure is problematic, because this concerns a significantly subjective criterion to assess the different tenders. Other elements of the non-regulated procedures, such as functional specifications, are allowed, as long as guarantees are included that ensure that contracting authorities cannot use their powers arbitrarily and that the principles of equality, transparency and proportionality are observed.

When testing these procedures against the law applicable to the open-house model (in case the contracts qualify as an open-house model), I argue that it is also forbidden to use this instrument to negotiate about the preconditions for access or the fundamental elements of a contract (such as the price). In an open-house model, all these fundamental requirements must be determined in advance by the municipality and must be objective, in order to prevent arbitrariness.

On the basis of the above, it must be concluded that some elements of the non-regulated procedures used by Dutch Municipalities (can) violate EU Public Procurement Law and with the rules applicable to the open-house model.

## 5.2 **Choosing instruments for a good organisation of social care services**

The choice for one or the other instrument can have different advantages and/or disadvantages on the good organisation of social care services for citizens. This research examines in general what these (dis)advantages can be when choosing a public contract, subsidy, authorisation scheme, open-house model or concession contract. As mentioned before, this research takes into account four elements of a good organisation of social care services: the affordability of the services (i), the accessibility thereof, here in the sense of the degree of freedom of choice for the care recipients for a certain care provider (ii), the degree in which municipalities can stimulate the level of quality of the services (iii) and to what extent one or the other instrument can be used to prevent from healthcare fraud (iv).

### *Advantages/disadvantages public contracts*

First of all, it is of great importance that public contracts – in contrast to the instruments of subsidies and authorisation schemes – do include a contractual agreement which means that an adequate supply of (good) care can be provided for the inhabitants of a municipality. Healthcare providers are contractually obliged to deliver the agreed performance. Therefore, a public contract is a suitable instrument for municipalities to comply with the legal obligations they have in organising these social care services.

Secondly, public contracts in the meaning of the Directive 2014/24/EU, can be seen as a powerful instrument for organising society. In this sense, public procurement law is not about (procedural) rules in the first place, but rather a tool for achieving certain (important) goals: realising sustainable solutions for society, while creating a level playing field for all interested economic operators that can offer that solutions. In this way, public procurement law also leads to the efficient use of public funds.

The primary aim of public procurement procedures is to contract the 'best' healthcare providers in terms of price and/or quality. However, economic operator(s) can also be selected primarily on the basis of quality. Therefore, the procedure prescribed to award public contracts can be used to increase the affordability and quality of social care services or with an emphasis on services of good quality.

Thirdly, this instrument can be used to contract a larger or smaller number of healthcare providers and then leave the choice to the care recipients. In this way there can be created a certain degree of freedom of choice for the care recipients depending on the choices of the contracting authority.

Fourthly, regarding to combating healthcare fraud, quality requirements can be set that lead to the exclusion of fraudulent healthcare providers. Additionally, healthcare fraud could be included as a ground for exclusion under the exclusion ground of 'serious professional misconduct'.

Finally, the analysis in this research has shown that which goals are (or can be) achieved, strongly depends on the set up of a public procurement procedure. Therefore, it depends on the way in which public contracts are used as an instrument what goals and advantages will be achieved.

#### *Advantages/disadvantages subsidies and authorisation schemes*

With regard to subsidies and authorisation schemes, first of all, it must be noted that these instruments can (in principle) only be used if it is not necessary to impose an implementation obligation to contracting parties. This will otherwise classify as a public contract – as explained above. Since Dutch municipalities are legally obliged to provide a certain range of social care services, these instruments are often not deemed to be a suitable instrument. Using these instruments can result in the risk that an adequate supply of social services will not be available to all inhabitants. Therefore, subsidies can only play an additional role in providing social care services for citizens. For example, this role could be to organise ancillary activities, such as activities to prevent loneliness amongst the elderly. With regard to authorisation schemes, this can also only be an option if no obligation to perform the services is necessary, for example in a system in which public authorities have no contractual relationship with the health care providers, but leave it to the care recipients to spend a certain 'earmarked' budget at a health care provider of its choice.

Subsequently, both instruments are not primarily aimed at selecting the best healthcare providers for carrying out the activity. This can create a disadvantage with regard to the affordability and quality of social care services. Subsidies are in principle aimed at supporting initiatives that meet the subsidy conditions, whereas authorisation schemes are aimed at controlling the access of healthcare providers before they are allowed to provide social services. However, it is also possible to tender subsidies or authorisations taking into account aspects of price and quality. Additionally, aspects of quality can be taken into account in the subsidy or licence conditions.

With regard to the freedom of care recipients to choose for a healthcare provider of their choice, the use of the subsidy instrument, similarly as public contracts, can result in more or less freedom of choice for the care recipients. This depends on the set up of the subsidy scheme and to how many applicants (healthcare providers) the subsidy will be distributed. When choosing an authorisation scheme,

municipalities play a small role (as a 'gatekeeper') as they only select economic operators based on preconditions. This leaves much room for care recipients to choose from a large group of pre-selected health care providers. These aspects are discussed further below with regard to the open-house model. Consequently, this results in much room for the care recipients to choose their healthcare provider. The healthcare provider in turn is stimulated to 'win' the care recipient, which can also have a positive effect on quality. However, it is relevant to consider who is best suited to choose care provider(s) to ensure the quality of the services: public authorities or the care recipients? Furthermore, the openness of an authorisation scheme can make it easier for fraudulent healthcare providers to enter the scheme. To circumvent this risk, preconditions that test the competences of a contracting party can be applied in relation to both subsidies and authorisation schemes in order to prevent fraudulent parties from entering the scheme. Therefore, the (dis)advantages closely relate to the different roles public authorities play when using the different legal instruments. Municipalities using subsidies or authorisation schemes act as a supporter or gatekeeper, and not as a contracting authority who guarantees the (proper) execution of a public contract at a certain price.

#### *Advantages/disadvantages open-house model*

When considering a good organisation of social care services via an open-house model, it is important to note that this instrument concerns a contractual relationship between the municipality and care providers. Contracts are concluded in an open-house model with all interested healthcare providers. This is similar to public contracts, and thus leads to a sufficient supply of social services in accordance with the legal obligations surrounding the organisation of social care in the Netherlands.

Additionally, comparable to an authorisation scheme, the open-house model facilitates much room for healthcare providers to provide social care services in society, while at the same time offering care recipients much room to select the healthcare provider of its choice. Therefore, accessibility to care of one's own preference is easily guaranteed in an open-house model. As follows from other research, this can increase the (perception of) quality because citizens feel that they can make a well-considered choice. Nevertheless, the question can be asked again who can best make that choice for quality: the care recipients or municipalities themselves by making a (pre-)selection during a public procurement procedure so that care recipients can only choose from the 'best' or a group of care providers and do not have to deal with a potentially enormous list of options? Pro and contra arguments can be put forward for both alternatives, and it is, therefore, up to municipalities to make a choice.

As far as quality is concerned, an open-house model is less focussed on achieving best outcomes in terms of quality. This is inherent to an open system in which municipalities can only establish the preconditions to enter the scheme. Therefore, it could be that suboptimal care providers are also contracted.

Additionally, although the preconditions may include criteria relating to the competences and qualities of interested parties, this can lead to more room for fraudulent healthcare providers to enter the scheme as well. With regard to afford-



ability, an open-house model is only possible with fixed rates that have been determined in advance by municipalities. Accordingly, there is no competition on price. In light of shrinking budgets, it must therefore be considered here that it is not possible to obtain the best price/quality ratio for services from the market in this way. However, whether this is something positive or negative with regard to the organisation of social care services, is – again – at the discretion of municipalities. On the basis of the law, it is clear, however, that municipalities in the Netherlands must always pay a so called ‘realistic price’ for the provision of social care services, thereby pushing these entities towards a consideration of price to some extent.

#### *Advantages/disadvantages concession contracts*

Concession contracts can be used similarly as public contracts as an instrument for organising social services at the best price/quality ratio. The same aspects play a role with regard to affordability and quality. In addition, concession contracts can also be awarded to multiple healthcare providers. As such, discretion can be created for citizens to choose for a provider of their own choice. Setting quality requirements and using the grounds for exclusion can also help in combating healthcare fraud.

In addition, this instrument, unlike public contracts, provides for the possibility to have social care services performed by means of an enforceable agreement in exchange for a right to exploit. This means that the healthcare provider can ‘exploit’ the services and bear the risk of supply and/or demand. This can be beneficial to municipalities in terms of affordability of the services, because it is not for them to bear the risks, but it is imposed on the contracting party, who in principle is better able to manage them. However, municipalities must take possible negative side-effects into account relating to quality. Problematically speaking, imposing exploitation risks on the healthcare provider(s) could lead to perverse incentives. For example, this can lead to care providers providing less or less intensive care. Furthermore, this can lead to financial problems for health care providers. Therefore, in the context of a good organisation of social care services, this must be taken into account in relation to whether concession contracts can possibly be a suitable instrument for organising social services now and in the future.

### **5.3 The status of charity organisations, citizens’ initiatives and/or social entrepreneurs in EU law**

In addition to for-profit economic operators, many citizen’ initiatives and charity organisations operate in the social care sector. These entities often originate from a solidarity perspective or from the idea that they can organise social care better than the existing care providers. However, despite their differences, Chapter 8 of this research concludes that these entities can also be subjected to EU Law and fall under the concept of ‘economic operator’ of EU Public Procurement Law. Based on an analysis of European case law, it is concluded that the concept of economic operator is a broad concept in the field of EU public procurement law, which parallels with case law on this concept under competition Law, free movement law and state aid law. For example, it is irrelevant for the applicability of EU law that the entities are not for-profit, only receive reimbursement of costs or have a specific legal form. The relevant question is whether they carry out an economic activity:

do they compete with other economic operators? This question must be answered in the affirmative regarding the organisation of social services in the Netherlands. Because of that, for example, charity organisations and even citizens' initiatives are subject to EU public procurement law.

Nevertheless, under the European Social Market Economy objective of article 3 (3) TEU, there is room for an exception for such entities. In case the Member States' (social care) system operate on the basis of a principle of solidarity and these entities contribute to the maintenance of this system, this can be a ground for justification for an impediment of the EU free movement rules. However, this exception only seems to apply under EU free movement law and is not yet applicable under EU public procurement law. Therefore, this concerns an inconsistency in EU law that should be removed.

As a potential solution in the meantime, there are two options within EU public procurement law for the direct award of contracts to such entities regarding the procurement of social care services. First of all, pursuant to art. 77 Directive 2014/24/EU, contracts for certain services can be reserved to certain entities, which are (strictly) described in this provision. The second option concerns the possibility to directly award lots, meaning parts of a divided contract, which can be done on the basis of article 5 paragraph 10 Directive 2014/24/EU, to these entities.

However, in light of important developments at the EU level to create a sustainable, social and innovative Europe, which recognises the important role actors such as voluntary organisations, cultural and philosophical institutions, citizens' initiatives and social enterprises can play in achieving these EU goals – I argue that a broader exception for such entities in EU public procurement law seems to fit better with these objectives.

## 6 Conclusions and recommendations

On the basis of the findings in this research, as summarised above, recommendations are made to the EU and national legislator, to municipalities and to the social sector.

The first recommendation to the EU legislator concerns the clarification and supplementation of the EU public contracts definition in the next revisions of the Directive 2014/24/EU. This means concretely to include the jurisprudential criteria that have clarified the criterion of 'contract for pecuniary interest' and the adoption of the jurisprudential criterion of exclusive selection into the definition of a public contract. The second recommendation to the EU legislator concerns a further categorisation of different entities in Directive 2014/24/EU, with possible exceptions for certain entities as charity organisations, citizens' initiatives and similar organisations.

The Dutch legislator is recommended to clarify the dividing lines between legal instruments in national law and to alter the subsidy-definition in order to remove ambiguity about the distinction between public contracts and subsidies. Additionally, recommendations to the national legislator are made to adopt legislation about the open-house model in the Dutch Public Procurement Act 2012 and also

to adopt one uniform and more detailed procedure for social care services in this same Act. Finally, the national legislator should adopt legislative measures to position municipalities better to tackle issues around health care fraud.

Municipalities are called upon to increase their knowledge and professionalisation, and to make use of the legal possibilities for a good organisation of social care services. The social sector on its turn is called upon to advocate on simplification, standardisation and professionalisation of public procurement in their sector.



# Literatuurlijst

## **Aalbers & Hessel, *Gemeentestem* 2012, nr. 82**

Maarten Aalbers & Bart Hessel, 'De nieuwe regels voor DAEB en staatssteun en hun betekenis voor decentrale overheden (I). Een overzicht van de begrippen en de regelgeving', *Gemeentestem* 29 augustus 2012, nr. 82, p. 398-406.

## **Accetto & Zleptnig, *European Public Law* 2005**

M. Accetto & S. Zleptnig, 'The Principle of Effectiveness: Rethinking its Role in Community Law', *European Public Law* (11) 2005, afl. 3, p. 375-403.

## **Adriaanse e.a. 2016**

P. Adriaanse, F.J. van Ommeren, W. den Ouden & C.J. Wolswinkel (red.), *Scarcity and the State I. The Allocation of Limited Rights by the Administration*, Cambridge: Intersentia 2016.

## **Allot, *Valparaiso University Law Review* 1981**

A. Allot, 'The effectiveness of Laws', *Valparaiso University Law Review* (15) 1981, afl. 2, p. 229-242.

## **Altena 2016**

J.G.H. Altena, *Het legaliteitsbeginsel en de doorwerking van Europees recht* (Meijers-reeks deel 268), Deventer: Wolters Kluwer 2016.

## **Antenbrink & Van de Gronden, *SEW* 2008/146**

F. Antenbrink & J.W. van de Gronden, 'Economisch recht en het Verdrag van Lisabon I: mededinging en interne markt', *SEW* 2008/146, p. 323-329.

## **Andrecka & Peterkova, *Nordic Journal of Commercial Law* 2017**

M. Andrecka & K. Peterkova, 'Sustainability requirements in EU public and private procurement – a right or an obligation', *Nordic Journal of Commercial Law* 2017, 1, p. 56-89.

## **Arrowsmith, *PPLR* 2004**

S. Arrowsmith, 'The entity coverage of the EC procurement directives and UK regulations: a review', *Public Procurement Law Review* 2004, p. 59-86.

## **Arrowsmith, *Cambridge Yearbook of European Legal Studies* 2012**

S. Arrowsmith, 'The Purpose of the EU Procurement Directives: Ends, Means and the Implications for National Regulatory Space for Commercial and Horizontal Procurement Policies', *Cambridge Yearbook of European Legal Studies* 2012 (14), p. 1-47.

**Arrowsmith 2014**

Sue Arrowsmith, *The law of public and utilities procurement. Regulation in the EU and UK* (deel 1), Londen: Sweet&Maxwell 2014.

**Asser/Hartkamp & Sieburgh 2014**

C. Asser/A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, *Verbintenissenrecht. Algemeen overeenkomstenrecht* (Asser-serie 6-III), Deventer: Wolters Kluwer 2014.

**Barkhuysen 2005**

T. Barkhuysen, *Eenheid en coherentie van rechtsbescherming in de veellagige Europese rechtsorde* (oratie Leiden), 2005.

**Barnard 2013**

C. Barnard, *The Substantive Law of the EU: The Four Freedoms*, Oxford: Oxford University Press 2013.

**Barnard & Peers 2017**

Catherine Barnard & Steve Peers, *European Union Law*, Oxford: Oxford University Press 2017.

**Barton, *European Law Review* 2012**

Robin Barton, 'Social services of general interest: the case for greater harmonisation of the competition and public procurement rules', *European Law Review* 2012, 37 (5), p. 584-604.

**Bauby 2013**

Pierre Bauby, 'Unity and Diversity of SSGIs in the European Union', in: Ulla Neergaard e.a. (red.), *Social Services of General Interest in the EU*, The Hague: T.M.C. Asser Press 2013, p. 25-52.

**Beck 2012**

G. Beck, *The Legal Reasoning of the Court of Justice of the EU*, Oxford: Hart Publishing 2012.

**Becker 2013**

Ulrich Becker, 'Social Services of General Interest in Germany', in: Ulla Neergaard e.a. (red.), *Social Services of General Interest in the EU*, The Hague: T.M.C. Asser Press 2013, p. 497-511.

**Bekkers, *Binnenlands Bestuur*, 8 april 2016**

Hans Bekkers, 'Gemeenten houden fors over op zorg', *Binnenlands Bestuur*, 8 april 2016.

**Bekkers, *Binnenlands Bestuur*, 5 mei 2016**

Hans Bekkers, 'Gemeenten houden 310 miljoen over van wmo-budget', *Binnenlands Bestuur*, 5 mei 2016.

**Van den Berge & Gelderman 2013**

I.J. van den Berge & A.B.B. Gelderman, *Handreiking Overheidsopdracht en Subsidie*, Uitgave VNG 2013.

**Beschouwing over inkoop jeugdhulp, kwaliteit en verantwoording 2019**

Beschouwing over inkoop jeugdhulp, kwaliteit en verantwoording van de minister van VWS (Bijlage bij Kamerbrief over voortgang Zorg voor de jeugd), 7 juni 2019.

**Bijlsma & Janssen 2012**

Jan Bijlsma & Hay Janssen, *Sociaal werk in Nederland. Vijfhonderd jaar verheffen en verbinden*, Bussum: Coutinho 2012.

**Bleeker & Manunza 2014**

R.G.T. Bleeker & E.R. Manunza, 'De invloed van het Europees recht op het Nederlandse aanbestedingsrecht', in: A.S. Hartkamp (red.), *De invloed van het Europese recht op het Nederlandse privaatrecht* (deel 81-II, bijzonder deel), Deventer: Kluwer 2014, p. 741-810.

**De Blois, *Ars Aequi* 2014**

Matthijs de Blois, 'Soevereiniteit', *Ars Aequi* januari 2014, p. 25-31.

**Bokhorst, *Bestuurskunde* 2015**

M. Bokhorst, 'De koers van zorgcoöperaties: Samenwerken zonder te verworden tot paradepaard of werkpaard van de participatiesamenleving', *Bestuurskunde* 2015 (24) 2, p. 27-39.

**Bokhorst e.a., *Bestuurskunde* 2015**

M. Bokhorst, J. Edelenbos, J.F.M. Koppenjan & M. Oude Vrielink, 'Burgercoöperaties. Speler of speelbal in de nieuwe verhoudingen tussen overheid, markt en samenleving', *Bestuurskunde* 2015 (24) 2, p. 3-16.

**Boogaard, Driessen & Den Ouden, *NJB* 2019**

Geerten Boogaard, Esmée Driessen & Willemien den Ouden, 'Een algemene regeling voor het Right to Challenge. Over interfaces in het publiekrecht', *NJB* 2019, afl. 38, p. 2860-2868.

**Boogers e.a. 2008**

M. Boogers, L. Schaap, E.D. van den Munckhof & N. Karsten, *Decentralisatie als opgave. Een evaluatie van het decentralisatiebeleid van de Rijksoverheid, 1993-2008* (Tilburgse school voor politiek en bestuur, uitgave Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties), mei 2008.

**Boogers & Reussing 2018**

M.J.G.J.A. Boogers & G.H. Reussing, *Decentralisatie, schaalvergroting en lokale democratie: Samenvattend onderzoek naar gevolgen voor rollen en posities van lokale bestuurders en naar gevolgen voor bestuurskracht en democratie* (Universiteit Twente), november 2018.

**Boot & Wuijster, TBR 2008/26**

A.A. Boot & R.A. Wuijster, 'Scala, Vathorst en Roanne. Consistente uitleg Richtlijn: eisen en bezwarende titel doorslaggevend', *TBR 2008*, afl. 2, p. 119-131.

**Bosma e.a. 2019**

N.S. Bosma, G.J.A. Hummels, E.R. Manunza, A. Argyrou, S. Kamerbeek, N.A. Meershoek, E.R. Helder, *Versnelling en verbreding van sociaal ondernemerschap. Een onderzoek naar de wenselijkheid van nieuwe juridische kaders* (onderzoek UU uitgevoerd in opdracht van het Ministerie van Economische Zaken) 18 februari 2019, 59 pp.

**Botman 2015**

M.R. Botman, *De Dienstenrichtlijn in Nederland: De gevolgen van richtlijn 2006/123/EG voor de nationale rechtsorde vanuit Europees perspectief* (diss. VU Amsterdam), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2015.

**Botman, AB 2017, 388**

M.R. Botman, 'Ullens de Schooten en het vereiste van grensoverschrijdendheid' (annotatie), *AB 2017*, nr. 388.

**Botman, TO 2018**

M.R. Botman, 'Dienstenrichtlijn 2.0: bestemming bereikt?', *TO 2018*, 1, p. 8-18.

**Bouwman, TBR 2016/65**

G. Bouwman, 'Uitsluiten bij aanbesteden: ook ter bescherming van mensenrechten?', *TBR 2016/65* (5), p. 426-434.

**Bouwman, JAAN 2016/13**

G. Bouwman, 'Een open toetredingssysteem zonder selectie: een nieuwe rechtsfiguur die buiten de werkingssfeer van de aanbestedingsrichtlijnen valt?' (openingsartikel bij *Falk Pharma*), *Jurisprudentie Aanbestedingsrecht 2016/13* (8), p. 908-916.

**Bouwman, NtEr 2017**

G. Bouwman, 'Spanning tussen het evenredigheidsbeginsel en het gelijkheids- en transparantiebeginsel bij het uitsluiten van ondernemingen in het aanbestedingsrecht', *NtEr 2017*, nr. 3, p. 53-61.

**Bouwman, JAAN 2018/15**

G. Bouwman, 'Selectie als onderscheidend element tussen de overheidsopdracht en een open systeem van afspraken (annotatie bij *Tirkkonen*)', *Jurisprudentie Aanbestedingsrecht 2018/15*, afl. 3, p. 306-311.

**Bouwman, Janssen & Meershoek 2018**

G. Bouwman, W.A. Janssen & N. Meershoek, 'Achieving societal value through public procurement', in: E.R. Manunza & F. Schotanus (eds), *The Art of Public Procurement* (Liber Amicorum Jan Telgen), 2018, p. 159-170.

**Bovis 2007**

C.H. Bovis, *EU Public Procurement Law*, Cheltenham: Edward Elgar 2007.



**Bovis, CMLR 2012**

C.H. Bovis, 'Public procurement in the EU: jurisprudence and conceptual directions', *Common Market Law Review* 2012, p. 247-289.

**Bregman, BR 2002**

A.G. Bregman, 'Zelfrealisatie of aanbesteding; een beschouwing naar aanleiding van het Scala-arrest', *Bouwrecht* 2002 (39), afl. 1, p. 10-20.

**Bregman, TBR 2008/211**

A.G. Bregman, 'Het privaatrecht op de terugtocht bij gebiedsontwikkeling? Over ICER, Noordwijk, Kampen en art. 122 Woningwet', *TBR* 2008/211, p. 1120.

**Bregman, TBR 2010/108**

A.G. Bregman, 'Gebiedsontwikkeling en het aanbestedingsrecht na het arrest Müller', *TBR* 2010/108, p. 603-608.

**Van den Brink 2017**

A. van den Brink, 'Refining the Division of Competences in the EU: National Discretion in EU Legislation', in: Sacha Garben & Inge Govaere (eds.), *The Division of Competences between the EU and the Member States – Reflections on the Past, the Present and the Future*, Portland, USA: Hart Publishing 2017, p. 251-275.

**Van den Brink e.a., Working paper WRR 2019**

A. van den Brink, U. Jaremba, L.A.J. Senden, S. de Vries, 'Variatie en de interne markt', working paper voor de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, Den Haag 2019.

**Van den Brink 2012**

J.E. van den Brink, *De uitvoering van Europese subsidieregelingen in Nederland. Juridische knelpunten en uitdagingen* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2012.

**Van den Brink & Den Ouden, NJB 2016/2000**

J.E. van den Brink & W. den Ouden, 'De subsidie nieuwe stijl. Publiek geld verplicht?', *NJB* 2016/2000, afl. 39, p. 2888-2897.

**Van den Brink e.a. 2017**

J.E. van den Brink, W. den Ouden, S. Prechal, R.J.G.M. Widdershoven & J.H. Jans, 'Rechtsbeginselen en fundamentele rechten', in: S. Prechal & R.J.G.M. Widdershoven (red.), *Inleiding tot het Europees Bestuursrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2017, p. 123-262.

**Van den Brink 2018**

J.E. van den Brink, *Realistisch revolveren. Het revolverend fonds met een Europese touch* (oratie Maastricht), 8 juni 2018. Te raadplegen via: [https://cris.maastrichtuniversity.nl/portal/files/26647657/Oratie\\_Brink.pdf](https://cris.maastrichtuniversity.nl/portal/files/26647657/Oratie_Brink.pdf).

**Van den Brink & Den Ouden 2019**

J.E. van den Brink & W. den Ouden, 'Van regel naar uitzondering. Over hoe de Algemene wet bestuursrecht veel 'subsidiërelaties' niet of nauwelijks normeert', in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *25 jaar Awb. In eenheid en verscheidenheid*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 213-223.

**Van den Brink & Verboeket, AB 2019/319**

J.E. van den Brink & L.W. Verboeket, 'Subsidie of aanbesteding? Subsidie met uitvoeringsovereenkomst kan een aanbestedingsplichtige overheidsopdracht zijn' (annotatie bij *IBA Molecular Italy*), *AB* 2019/319.

**Van den Broeck 2014**

Liesbet van den Broeck, *Indirecte discriminatie op grond van nationaliteit. Rechtvaardigingsgronden in het diensten- en personenverkeer*, Antwerpen-Apeldoorn: Maklu 2014.

**Bröring & De Graaf 2022**

H.E. Bröring en K.J. de Graaf (red.), *Bestuursrecht (Deel I)*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2022.

**Brown, PPLR 2016**

A. Brown, 'The direct award of ambulance services to voluntary organisations in Italy, revisited: case C-50/14 CASTA', *Public Procurement Law Review* 2016, p. 72-76.

**Buijze, NtEr 2011**

A.W.G.J. Buijze, 'Waarom het transparantiebeginsel maar niet transparant wil worden', *NtEr* 2011, 7, p. 240-248.

**Buijze 2013**

A.W.G.J. Buijze, *The Principle of Transparency in EU Law* (diss. Utrecht), 's-Hertogenbosch: BOXPress 2013.

**Buijze & Widdershoven 2010**

A.W.G.J. Buijze & R.J.G.M. Widdershoven, 'De Awb en het EU-recht: het transparantiebeginsel', in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: Bju 2010, p. 589-609.

**Buijze, JBPlus 2016**

A.W.G.J. Buijze, 'Het transparantiebeginsel naar Nederlands recht: een visie geïnspireerd op het EU-recht', *JBPlus* 2016, afl. 4, nr. 1, 11p.

**Burkens e.a. 2012**

M.C. Burkens, H.R.B.M. Kummeling, B.P. Vermeulen, R.J.G.M. Widdershoven, *Beginselen van de democratische rechtsstaat*, Deventer: Kluwer 2012.

**Canton, TPEdigitaal 2012**

Erik Canton e.a., 'Openbaar aanbesteden: Een vergelijking tussen procedures en technieken in Nederland en de rest van Europa', *TPEdigitaal* 2012, 1, afl. 6, p. 49-62.

**Caranta 2014**

Roberto Caranta, 'General report', in: Ulla Neergaard, Catherine Jacqueson and Grith Skovgaard Ølykke (eds), *Public Procurement Law: Limitations, Opportunities and Paradoxes*, Copenhagen: DJØF Publishing 2014, p. 79-178.

**Caranta, CMLR 2015**

Roberto Caranta, 'The changes to the public contract directives and the story they tell about how EU law works', *Common Market Law Review* 2015 (52), afl. 2, p. 391-459.

**Caranta, EPPPL 2016**

R. Caranta, 'After Spezzino (Case C-113/13): A Major Loophole Allowing Direct Awards in the Social Sector', *European Procurement & Public Private Partnership Law Review* 2016 (11), 1, p. 14-21.

**Coerts, NTB 2020/210**

M. Coerts, 'Uitvoeringsverplichtingen in vergunningsstelsels', *NTB* 2020/210, p. 522-529.

**Comité van de Regio's 2010**

'Een nieuw verdrag, een nieuwe rol voor lokale en regionale overheden', uitgave: Comité van de Regio's 2010, via: [https://cor.europa.eu/en/engage/brochures/Documents/a-new-treaty/a-new-treaty-a\\_Dutch.pdf](https://cor.europa.eu/en/engage/brochures/Documents/a-new-treaty/a-new-treaty-a_Dutch.pdf) (laatst gezien 30 aug. 2021).

**Costamagna 2013**

Francesco Costamagna, 'The provision of Social Services in Italy. Between Federalization and Europeanization', in: Ulla Neergaard e.a. (red.), *Social Services of General Interest in the EU*, The Hague: T.M.C. Asser Press 2013, p. 541-568.

**CPB Notitie 2013**

CPB Notitie, *Decentralisaties in het sociaal domein* (uitgevoerd i.o. van de Ministeries van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties en Financiën en de Vereniging van Nederlandse Gemeenten), 4 september 2013.

**Damen 1987**

L.J.A. Damen, *Ongeregeld en ondoorzichtig bestuur* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1987.

**Damen e.a. 2009**

L.J.A. Damen e.a., *Bestuursrecht deel 1*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2009.

**Dankers-Hagenaars 2000**

D.L.M.T. Dankers-Hagenaars, *Op het spoor van de concessie. Een onderzoek naar het rechtskarakter van de concessie in Nederland en in Frankrijk* (diss. Amsterdam, UvA), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000.

**Dischendorfer, PPLR 2001**

M. Dischendorfer, 'The concept of a public contract within the meaning of the E.C. Procurement Directives: a note on Case C-399/98', *Public Procurement Law Review* 2001, afl. 6, p. 127-134.

**Donner 1941**

A.M. Donner, *De rechtskracht van administratieve beslissingen*, Alphen aan den Rijn: Samsom 1941.

**Drahmann 2015**

A. Drahmann, *Transparante en eerlijke verdeling van schaarse besluiten. Een onderzoek naar de toegevoegde waarde van een transparantieplichting bij de verdeling van schaarse besluiten in het Nederlandse bestuursrecht* (Meijers-reeks; diss. Leiden), Deventer: Wolters Kluwer 2015.

**Drijber, SEW 2007, 129**

B.J. Drijber, 'Interne markt en publieke voorzieningen: een schijntegenstelling', *SEW* 2007, 129, afl. 7/8, p. 258-264.

**Eijsbouts e.a. 2015**

W.T. Eijsbouts, J.H. Jans, A. Prechal, L.A.J. Senden (red.), *Europees Recht Algemeen Deel*, Groningen: European Law Publishing 2015.

**Essers, BR 2007/84**

M.J.J.M. Essers, 'Projectontwikkeling en de openbare aanbestedingsplicht in Nederland na het Auroux-arrest', *BR* 2007/84, p. 385.

**Essers & Lombert 2017**

M.J.J.M. Essers & C.A.M. Lombert, *Aanbestedingsrecht voor overheden: Naar een maatschappelijk verantwoord aanbestedingsbeleid*, Alphen aan den Rijn: Vakmedianet 2017.

**Factsheet Kwaliteitseisen jeugdhulpaanbieders en gemeenten zoals gesteld in de Jeugdwet 2014**

*Factsheet Kwaliteitseisen jeugdhulpaanbieders en gemeenten zoals gesteld in de Jeugdwet*, Uitgave VNG 2014, via: [https://vng.nl/files/vng/201405\\_factsheet\\_kwaliteitseisen\\_jeugdhulpaanbieders.pdf](https://vng.nl/files/vng/201405_factsheet_kwaliteitseisen_jeugdhulpaanbieders.pdf) (laatst gezien: 19 juli 2021).

**Factsheet PIANOo 2020**

*Factsheet PIANOo*, Vereenvoudigde aanbestedingsprocedure voor sociale en andere specifieke diensten (in opdracht van het programma Inkoop en Aanbesteden Sociaal Domein), 2020, p. 1-7.

**Fawcett 1971**

J.E.S. Fawcett, *The law of nations* (second edition), Harmondsworth: Penguin Books, 1971.

**Fiedziuk, E.L. Rev. 2011**

Natalia Fiedziuk, 'Services of general economic interest and the Treaty of Lisbon: opening doors to a whole new approach or maintaining the "status quo"', *E.L. Rev.* 2011, 36(2), p. 226-242.

**Fiedziuk 2013**

N.A. Fiedziuk, *Services of general economic interest in EU law: The role of the 'public service' exception in the light of recent developments in EU law* (diss. Tilburg), Oisterwijk: Wolf Legal Publishers 2013.

**Fimerius & Goedegebure, TAAN 2017/40**

M.M. Fimerius & H.P.C. Goedegebure, Annotatie bij HvJ EU 14 december 2016, C-171/15, ECLI:EU:C:2016:948 (Connexion Taxi Services), TAAN 2017/3.

**Fischer-Braams, JAAN 2017/2**

A.C.M. Fischer-Braams, annotatie bij HvJ EU 14 december 2016, zaak C-171/15, ECLI:EU:C:2016:948 (Connexion Taxi Services), JAAN 2017/2.

**Fleurke, Hulst & De Vries 1997**

F. Fleurke, J.R. Hulst & P.J. de Vries, *Decentraliseren met beleid. Een heuristiek*, Den Haag: Sdu Uitgevers 1997.

**Garssen 2011**

Joop Garssen, *Demografie van de vergrijzing* (Uitgave CBS), 14 juni 2011, p. 15-27.

**Gelderman & Vermeulen, TBR 2019/64**

A.B.B. Gelderman & L.J. Vermeulen, 'Waarom ook huurovereenkomsten aanbestedingsplichtig kunnen zijn', *TBR* 2019/64, afl. 5.

**Gerbrandy, Janssen & Thomsin, ULR 2019**

A. Gerbrandy, W.A. Janssen & L. Thomsin, 'Shaping the Social Market Economy After the Lisbon Treaty: How 'Social' is Public Economic Law?', *Utrecht Law Review* 2019, 15(2), p. 32-46.

**Van Gestel & Micklitz 2011**

R. van Gestel & H. Micklitz, 'Revitalising Doctrinal Legal research in Europe: What about methodology?', in: U. Neergaard, R. Nielsen & L. Roseberry (red.), *European legal method*, Kopenhagen: DJOF 2011, p. 25-74.

**Gids Sociaal kopen 2011**

*Gids voor de inachtneming van sociale overwegingen bij overheidsaanbestedingen*, Luxemburg: Bureau voor publicaties van de Europese Unie 2011.

**Gids Sociaal kopen 2021**

*Sociaal kopen – Gids voor de inachtneming van sociale overwegingen bij overheidsaanbestedingen* (Mededeling van de Commissie C(2021) 3573 final), Luxemburg: Bureau voor publicaties van de Europese Unie 2021.

**Gids Europese Commissie, SWD(2013) 53 final/2**

*Gids voor de toepassing van de EU-regels inzake staatssteun, overheidsopdrachten en de eenge-  
maakte markt op diensten van algemeen economisch belang, en met name sociale diensten van  
algemeen belang* (Werkdocument van de Diensten van de Commissie), SWD(2013)  
53 final/2.

**Van de Gronden, SEW 2007, 10**

J.M. van de Gronden, 'Bestaat er een coherente visie op de verhouding tussen  
diensten van algemeen economisch belang, de Dienstenrichtlijn en andere commu-  
nautaire regelingen?', *SEW 2007*, 10, p. 399-421.

**Van de Gronden & Sauter, *Legal Issues of Economic Integration* 2011**

J.W. Van de Gronden & W. Sauter, 'Taking the temperature: EU competition law  
and health care', *Legal Issues of Economic Integration*, 2011, 38(3), p. 213-241.

**De Groot, BR 2007/219**

E.W.J. de Groot, 'Gebiedsontwikkeling, onteigening en zelfrealisatie', *BR 2007/219*,  
p. 933.

**De Haan, *Beleid en Maatschappij* 2014**

I. de Haan, 'Het hegemoniale discours van de participatiesamenleving: Kritiek van  
de "doe-democratie"', *Beleid en Maatschappij* 2014(41) 3, p. 268-273.

**Hancher & Sauter, CMLR 2010**

L. Hancher & W. Sauter, 'One step beyond? From Sodemare to Docmorris: The EU's  
freedom of establishment case law concerning healthcare', *Common Market Law Review*  
2010, 47(1), p. 117-146.

**Handboek voor de implementatie van de Dienstenrichtlijn 2007**

*Handboek voor de implementatie van de Dienstenrichtlijn*, Luxemburg: Bureau voor officiële  
publicaties der Europese Gemeenschappen 2007.

**Handreiking Aanbesteden WMO 2015 en Jeugdwet 2017**

*Handreiking Aanbesteden WMO 2015 en Jeugdwet*, Uitgave PIANOo, september 2017,  
via: [https://vng.nl/sites/default/files/publicaties/2017/201710\\_aanbesteden\\_wmo\\_2015\\_en\\_jeugdwet\\_een\\_handreiking.pdf](https://vng.nl/sites/default/files/publicaties/2017/201710_aanbesteden_wmo_2015_en_jeugdwet_een_handreiking.pdf) (laatst gezien 19 juli 2021).

**Handreiking Diensten van Algemeen Economisch Belang 2014**

*Handreiking Diensten van Algemeen Economisch Belang*, Den Haag: uitgave BZK  
2014, via: <https://europadecentraal.nl/wp-content/uploads/2014/07/Handreiking-DAEB-2014.pdf> (laatst gezien: 30 aug. 2021).

**Handreiking PIANOo 2017**

*Handreiking PIANOo*, Visie: Subsidie of overheidsopdracht?, mei 2017 via:  
<https://www.pianoo.nl/nl/visie-subsidie-overheidsopdracht> (laatst gezien 19 juli  
2021).

**Hardy & Verboeket, NTB 2020/50**

E.M.J. Hardy & L.W. Verboeket, 'Prematuur over het primaat', *NTB* 2020/50.

**'t Hart & Albers, NtEr 2010**

G. 't Hart & H.S.J. Albers, 'Van Auroux/Roanne naar Müller/Wildeshausen: waar ligt de grens van de aanbestedingsplicht bij gebiedsontwikkeling?', *NtEr* 2010, afl. 8, p. 273-278.

**Hartkamp e.a. 2014**

A.S. Hartkamp, C.H. Sieburgh, L.A.D. Keus, J.S. Kortmann & M. Wissink (red.), *De invloed van het Europese recht op het Nederlandse Privaatrecht* (deel 81-II, bijzonder deel), Deventer: Kluwer 2014.

**Hartlief, Stichting en Vereniging 1995**

T. Hartlief, 'Subsidie en privaatrecht', *Stichting en Vereniging* 1995.

**Hartog & Van Poelje, Bestuurswetenschappen 1952**

F. Hartog & S.O. van Poelje, 'Bestuur door middel van subsidiëring', *Bestuurswetenschappen* 1952.

**Hatzopoulos, Research Papers in Law 2011**

Vassilis Hatzopoulos, 'The concept of "economic activity" in the EU Treaty: from ideological dead-ends to workable judicial concepts', *Research Papers in Law* 2011, 6, p. 1-37.

**Hebly & Meesters, EPPL 2014**

J.M. Hebly & J.W.A. Meesters, 'The Proportionality Principle in the Dutch Public Procurement Act', *EPPL* 2014 (9), afl. 4, p. 266-270.

**Hebly & Wilman, NtEr 2007**

J.M. Hebly & F.G. Wilman, 'Aanbestedingsrecht in beweging: meer recente ontwikkelingen', *NtEr* 2007, p. 201-209.

**Hernández González, PPLR 2016**

Francisco L. Hernández González, 'The evolving concept of works and service concessions in European Union law', *Public Procurement Law Review* 2016 (25), afl. 2, p. 51-60.

**Hijma e.a. 2016**

Jac. Hijma e.a., *Rechtshandeling en Overeenkomst*, Deventer: Wolters Kluwer 2016.

**Hirsch Ballin 1988**

E.M.H. Hirsch Ballin, 'Rechtsstaat, grondrechten, en subsidieverhoudingen', in: E.M.H. Hirsch Ballin & J.H. Van Kreveld: *Rechtsstatelijke subsidieverhoudingen* (VAR-Geschriften XCIX), Alphen aan den Rijn 1988.

**Hirsch Ballin & Van Kreveld 1988**

E.M.H. Hirsch Ballin & J.H. Van Kreveld, *Rechtsstatelijke subsidieverhoudingen* (VAR-Geschrift XCIX), Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1988.

**Hirsch Ballin 2013**

E.M.H. Hirsch Ballin, *Participatiesamenleving en overheidsbeleid* (Jaarverslag 2013), Hilversum: Stichting Instituut GAK 2013.

**Hofmann, Rowe & Turk 2011**

H.C.H. Hofmann, G.C. Rowe en A.H. Turk, *Administrative Law and Policy of the European Union*, Oxford: OUP 2011.

**Van den Hoogen, Binnenlands Bestuur 12 september 2020**

Elisabeth van den Hoogen, 'Subsidie tegen verveling jeugd werkt', *Binnenlands Bestuur* 12 september 2020.

**Huisjes, TBR 2021/17**

T.S. Huisjes, 'Reactie op mr. J.W.A. Meesters: De uitsluitingsgronden als tool voor het bereiken van klimaatdoelstellingen. Is Europa klaar voor een concrete "klimaat-uitsluitingsgrond"?', *TBR* 2021/17, afl. 7.

**Huisjes 2021**

T. Huisjes, *Sociaal en inclusief opdrachtgeverschap: Quickscan over de mogelijkheden om inschrijvers en gegadigden van publieke aanbestedingen uit te sluiten wegens discriminatie op de arbeidsmarkt & Deelrapport over het effectief en efficiënt gebruikmaken van de mogelijkheden om opdrachten voor te behouden in de zin van 2.82 en 2.82a Aw en om uitsluitingsgronden en geschiktheidseisen toe te passen in het kader van discriminatie op de arbeidsmarkt, rapport in opdracht van Gemeente Amsterdam, juni 2021.*

**Huisman & Van Ommeren 2019**

P.J. Huisman & F.J. van Ommeren, *Hoofdstukken van privaatrechtelijk overheidshandelen. Publiekrechtelijke en privaatrechtelijke rechtspersonen op de grens van publiek- en privaatrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2019.

**I&O Research 2015**

*Nederlanders en de decentralisaties in het sociaal domein – tweemeting landelijk onderzoek*, I&O Research 2015.

**I&O Research 2016**

*Nederlanders en de decentralisaties in het sociaal domein – driemeting landelijk onderzoek*, I&O Research 2016.

**Jacobs 1999**

M.J. Jacobs, *Subsidieovereenkomsten. Een onderzoek naar de rechtsvormen van subsidies, in het bijzonder overeenkomsten* (diss. Amsterdam, VU), Den Haag: Elsevier 1999.



**Jacobs & Den Ouden, JBPlus 2011**

M.J. Jacobs & W. den Ouden, 'Eerlijk zullen wij alles delen...: Ontwikkelingen in de jurisprudentie over de verdeling van de subsidiepot', *Jurisprudentie Bestuursrecht plus* 2011, afl. 1, p. 55.

**Janse 2007**

Maartje Janse, *De Afschaffers. Publieke opinie, organisatie en politiek in Nederland 1840-1880*, Amsterdam: Wereldbibliotheek 2007.

**Jansen 2009**

C.E.C. Jansen, *De aanbestedingsovereenkomst. Aanbesteden in verbintenisrechtelijk perspectief*. Preadvisie voor de Nederlandse Vereniging voor Aanbestedingsrecht, Den Haag: Sdu 2009.

**Jansen, JAAN 2015/220**

C.E.C. Jansen, 'Gunnen op basis van een loting in geval van een vrijwillige aanbesteding', *JAAN* 2015/220.

**Jansen, TA 2018**

C.E.C. Jansen, 'Over het vermeende dilemma tussen de doelmatigheid en de rechtmatigheid van de overheidsinkoop', *TA* 2018 (4), p. 27-35.

**Jansen, NJB 2018/206**

C.E.C. Janssen, annotatie bij HvJ EU 14 december 2016, C-171/15, ECLI:EU:C:2016:948 (Connexion Taxi Services), *NJB* 2018/206.

**Janssen, TAAN 2012/1**

W.A. Janssen, 'Maatschappelijk Verantwoord Aanbesteden: van een procedurele naar een instrumentele benadering van het aanbestedingsrecht', *TAAN* 2012/1, p. 7-17.

**Janssen 2018**

Willem A. Janssen, *EU Public Procurement Law & Self-organisation. A Nexus of Tensions & Reconciliations* (diss. Utrecht), The Hague: Eleven International Publishing 2018.

**Janssen, TAAN 2020/01**

W.A. Janssen, 'Verplicht maatschappelijk verantwoord aanbesteden: een eerste verkenning van een paradigmaverandering', *TAAN* 2020/01, p. 19-30.

**Janssen & Van Wijk-Van Gilst, TBR 2021/13**

W.A. Janssen & N. van Wijk-van Gilst, 'Maatschappelijk verantwoord aanbesteden: van mogelijkheden naar verplichtingen in een veranderende maatschappelijke context', *TBR* 2021/13, p. 93-105.

**Janssen & Bouwman, PPLR 2020**

W.A. Janssen & G. Bouwman, 'Legislating Societal Value into Dutch Public Procurement Law: From Symbolism to Substance?', *Public Procurement Law Review* 2020 (2), p. 91-102.

**Jorritsma & Wester, NRC 3 mei 2017**

Elsje Jorritsma & Jeroen Wester, 'Wat zoekt een zorgondernemer uit een ander land hier?', *NRC* 3 mei 2017.

**Ten Kate & Van den Ende, Gst. 2006/149**

B.S. ten Kate & T.A.M. van den Ende, 'Subsidie of opdracht? Het moeizame onderscheid tussen de publiekrechtelijke subsidie en de privaatrechtelijke opdracht', *Gemeentestem* 2006/149, p. 583-591.

**Keet, Tijdschrift voor psychiatrie 2008**

I.P.M. Keet, 'Redactioneel: Ernstige psychiatrische ziekten: cure en care?', *Tijdschrift voor psychiatrie* (50) 2008, afl. 9, p. 555-557.

**Knelpunten-nota 1974**

Knelpunten-nota, Rapport van de beraadsgroep knelpunten, harmonisatie welzijnsbeleid en welzijnswetgeving, 1974 (aangeboden door toenmalige minister Harry van Doorn van het Ministerie van Cultuur, Recreatie en Maatschappelijk Werk aan de Tweede Kamer).

**Knook, NtEr 2013**

Allard Knook, 'De nieuwe DAEB-gids van de Europese Commissie: balanceren op drie koorden tegelijkertijd', *NtEr* 2013, afl. 6, p. 191-196.

**Koldinská 2013**

Kristina Koldinská, 'SSGIs in the Czech Republic', in: Ulla Neergaard e.a. (red.), *Social Services of General Interest in the EU*, The Hague: T.M.C. Asser Press 2013, p. 569-591.

**Konijnenbelt, Regelmaat 1992**

W. Konijnenbelt, 'Een koekoeksei in de Awb?', *Regelmaat* 1992.

**Koopmans, AA 1991**

T. Koopmans, 'Rechtsbeginselen in het Europese Gemeenschapsrecht', *AA* 1991, p. 927-933.

**Kortmann, Rechtsgeleerd Magazijn Themis 2013**

C.N.J. Kortmann, 'De twee kanten van artikel 8:3 lid 2 Awb — II. Niet alle besluiten zijn Awb-besluiten', *Rechtsgeleerd Magazijn Themis* 2013, 6, p. 256-257.

**Kortmann 2018**

C.N.J. Kortmann, 'Het vertrouwensdilemma. Hoe het recht kan bijdragen aan een betrouwbare overheid', in: L.A.J. Damen, C.N.J. Kortmann & R.F.B. van Zutphen, *Vertrouwen in de overheid* (VAR-adviezen 2018), Den Haag: Boom Juridisch 2018, p. 105-220.

**De Koster, Binnenlands Bestuur 6 december 2018**

Yolanda de Koster, 'Verplichte aanbesteding sociaal domein moet van tafel', *Binnenlands Bestuur* 6 december 2018.

**De Koster, Binnenlands Bestuur 5 maart 2019**

Yolanda de Koster, 'Resultaatgericht indiceren opnieuw onder vuur', *Binnenlands Bestuur* 5 maart 2019.

**De Koster, Binnenlands Bestuur 13 september 2019**

Yolanda de Koster, 'Naar believen kunnen kiezen. Gemeenten zien vooral voordelen van open house', *Binnenlands Bestuur* 13 september 2019.

**De Koster, Binnenlands Bestuur 20 december 2019**

Yolanda de Koster, 'Zorgen om zorgcowboys', *Binnenlands Bestuur* 20 december 2019.

**De Koster, Binnenlands Bestuur 21 februari 2020**

Yolanda de Koster, 'Utrechts model wijst de weg. Onderzoek toont succes transitie jeugdzorg aan', *Binnenlands Bestuur* 21 februari 2020.

**De Koster, Binnenlands Bestuur 27 februari 2020**

Yolanda de Koster, 'Gemeenten gaan doelgroepenvervoer zelf oppakken', *Binnenlands Bestuur* 27 februari 2020.

**De Koster, Binnenlands Bestuur 1 mei 2020**

Yolanda de Koster, 'Ontdekte zorgfraude is topje van ijsberg', *Binnenlands Bestuur* 1 mei 2020.

**De Koster, Binnenlands Bestuur 16 september 2020**

Yolanda de Koster, 'Inbesteden jongerenwerk door gemeenten zorgwekkend', *Binnenlands Bestuur* 16 september 2020.

**Van Kreveld 1988**

J.H. van Kreveld, 'Juridische ontwikkelingen van subsidieverhoudingen', in: E.M.H. Hirsch Ballin & J.H. Van Kreveld, *Rechtsstatelijke subsidieverhoudingen* (VAR-geschriften XCIX), Alphen aan den Rijn 1988.

**Kuusniemi-Laine 2018**

Anna Kuusniemi-Laine, 'The Finnish Supreme Administrative Court's Ruling in the Tirkkonen Case', LinkedIn-pulse artikel 28 juni 2018, via: <https://www.linkedin.com/pulse/finnish-supreme-administrative-courts-ruling-case-kuusniemi-laine/> (laatst gezien: 31 aug. 2021).

**Kuypers 2014**

P.H.L.M. Kuypers, *Aanbesteding en mededinging. Een koningskoppel?* (oratie Nijmegen), 31 januari 2014.

**Kuypers, TAAN 2014/3**

P.H.L.M. Kuypers, 'Aanbesteding en mededinging: een koningskoppel?', *TAAN* 2014/3 (139).

**Kuypers & Simon, BR 2010**

P.H.L.M. Kuypers & F.H. Simon, 'Gebiedsontwikkeling en aanbesteding: Het Hof ploegt het veld maar zaait ook twijfel', *BR* 2010, p. 571.

**Kuypers & De Wit, TBR 2018/72**

P.H.L.M. Kuypers & M. de Wit, 'De concessie in het Nederlandse aanbestedingsrecht – In Nederland nog onbekend, maar binnenkort toch nog bemind?', *TBR* 2018/72, p. 491-500.

**Kwekkeboom 1994**

M. Kwekkeboom, Rapportage welzijnswerk deel 4. De rol van de gemeente in het ouderenbeleid: een verkennende studie naar het ouderenbeleid van de lokale overheden, Den Haag: SCP 1994.

**Lennaerts 2006**

Koen Lennaerts, 'Communautair recht en gezondheidszorg: de grote lijnen van de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen', artikel n.a.v. presentatie Studiedag/Journée d'étude Observatoire Social Européen-RIZIV/INAMI 2006, via: <http://www.ose.be/workshop/files/LenaertsNL.pdf> (laatst gezien: 31 aug. 2021).

**Von der Leyen 2020**

Ursula von der Leyen, *A Union that strives for more. My agenda for Europe, Political Guidelines For The Next European Commission 2019-2024*, 2020, 21p.

**Li & Choi, Journal of Supply Chain Management 2009**

M. Li & T.Y. Choi, 'Triads in services outsourcing: Bridge, bridge decay and bridge transfer', *Journal of Supply Chain Management* (45) 2009, afl. 3, p. 27-39.

**Ligtvoet, NOS/Nieuwsuur 29 oktober 2018**

Floor Ligtvoet, 'Vader suïcidale dochter: "Als deze zorg wegvalt, houd ik mijn hart vast"', *NOS/Nieuwsuur* 29 oktober 2018.

**Van der Linde 2013**

Maarten van der Linde, *Doe wel, maar... zie om. Een pleidooi voor historisch besef in het sociaal werk*, Utrecht 2013.

**Van der Linde 2016**

Maarten van der Linde, *Basisboek geschiedenis van het sociaal werk in Nederland*, Amsterdam: SWP Uitgeverij 2016.

**Lohmann, Manunza & Telgen 2013**

W. Lohmann, E.R. Manunza en J. Telgen, *Hoe wordt uitzendwerk gegund? Analyse van aanbestedingen. Onderzoek naar gunningsmethodieken voor uitzendwerk: een economische en juridische analyse*, uitgevoerd door het samenwerkingsverband Universiteit Twente en Universiteit Utrecht (PPRC), 2013.

**Manunza 2001**

E.R. Manunza, *EG-aanbestedingsrechtelijke problemen bij privatiseringen en bij de bestrijding van corruptie en georganiseerde criminaliteit*, Deventer: Kluwer 2001.

**Manunza 2002**

E.R. Manunza, 'De zig-zag koers van de EG op het terrein van verzelfstandigingen', H.J. de Ru & J.A.P. Peter, *Monografieën Overheid en markt. Verzelfstandiging en marktwerking. Stand van zaken en perspectieven*, Den Haag: Sdu 2002, p. 109-135.

**Manunza, *European Law Review* 2003**

E.R. Manunza, 'Privatised services and the concepts of "bodies governed by public law" in EC directives on public procurement', *European Law Review* 2003, p. 273-283.

**Manunza, *BR* 2003**

E.R. Manunza, 'Is een zwarte lijst van bouwbedrijven verenigbaar met het Europees recht?', *BR* 2003 (40), p. 747-757.

**Manunza, *SEW* 2004**

E.R. Manunza, 'Enkele problemen bij de toepassing van het Europees aanbestedingsrecht in de Nederlandse (rechts)praktijk', *SEW* (52) 2004, afl. 2, p. 58-73.

**Manunza, *BR* 2004**

E.R. Manunza, 'Over de beroepstermijn bij Europese aanbestedingen', *BR* 2004, p. 949.

**Manunza, *BR* 2006/112**

E.R. Manunza, 'De relatie tussen ARW 2005, Bao en richtlijn nr. 2004/18/EG', *BR* 2006/112 (6), p. 531-537.

**Manunza, *BR* 2006/177**

Manunza, 'Naschrift' (reactie op Van Romburgh), *BR* 2006/177, p. 824-826.

**Manunza & Senden 2006**

E.R. Manunza & L.A.J. Senden (red.), *De EU: de interstatelijkheid voorbij?*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006.

**Manunza 2006**

E.R. Manunza, 'Alle aanbestedingen zijn interstatelijk', in: E.R. Manunza & L.A.J. Senden (red.), *De EU: de interstatelijkheid voorbij?*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006, p. 71-89.

**Manunza, TA 2010**

E.R. Manunza, 'Redactioneel. Sociale Marktwerking', *Tijdschrift Aanbestedingsrecht* 2010, afl. 2, p. 83-86.

**Manunza 2010<sup>a</sup>**

E.R. Manunza, *Over grenzen. Van verplichtingen voor overheden naar rechten voor burgers* (oratie Utrecht), 29 september 2010.

**Manunza 2010<sup>b</sup>**

E.R. Manunza, '2. Naar een consistente en doelmatige regeling van de markt voor overheidsopdrachten', in: *Beschouwingen naar aanleiding van het wetsvoorstel Aanbestedingswet (VBR Preadvies)*, Instituut voor Bouwrecht 2010.

**Manunza, NJB 2010/37**

E.R. Manunza, 'Nieuwe Aanbestedingswet. Een gemiste kans voor een betere ordening van de markt voor overheidsopdrachten', *NJB* 2010/37, p. 2408-2413.

**Manunza, TA 2011**

E.R. Manunza, 'Waarom minder competitie voor de inkoop van sociale diensten?', *Tijdschrift Aanbestedingsrecht* 2011, afl. 6, p. 431-438.

**Manunza & Kühler 2011**

E.R. Manunza & A.M. Kühler, 'Kansen bij aanbestedingsregels', in: B. Hessel, A.M. Kühler & E. Perton (red.), *Pluk de vruchten van de interne markt. Europees beleid als kans voor decentraal beleid* (Praktijkcahiers Europees Recht), Den Haag: Sdu uitgevers 2011, p. 103-137.

**Manunza, The Europe Institute Working Papers 2012**

E.R. Manunza, 'Een drietal beschouwingen over het nieuwe Europese regelgevende pakket overheidsopdrachten', *The Europe Institute Working Papers* 2012, p. 1-12.

**Manunza, TA 2013**

E.R. Manunza, 'Incoherente ontwikkelingen in de relatie Markt en Overheid. 'Uitvoering door de overheid' v. 'uitvoering door de markt (insourcing v. outsourcing / inbesteden v. uitbesteden)', *Tijdschrift Aanbestedingsrecht* 2013, afl. 6, p. 200-207.

**Manunza & Berends 2013**

Elisabetta Manunza & Wouter Jan Berends, 'Social Services of General Interest and the EU Public Procurement Rules', in: Ulla Neergaard e.a. (red.), *Social Services of General Interest in the EU*, The Hague: T.M.C. Asser Press 2013, p. 347-384.

**Manunza, Cobouw 31 oktober 2014**

E.R. Manunza, 'Grote beslisruimte een oorzaak van corruptie', *Cobouw* 31 oktober 2014, p. 12.

**Manunza & Bouwman 2015<sup>a</sup>**

E.R. Manunza & G. Bouwman, *KB Uitvoering 2013 in het licht van het Europees recht – Een onderzoek naar de verenigbaarheid met het recht van de Unie van een aantal bepalingen uit het KB Uitvoering van 14 januari 2013* (hoofddocument), Onderzoek voor de Vlaamse Confederatie van de Bouw, 83p.

**Manunza & Bouwman 2015<sup>b</sup>**

E.R. Manunza & G. Bouwman, *Verkenkend onderzoek Wolters Kluwer – Verkenning van de mogelijkheden om de juridische conformiteit van de (door)ontwikkeling van een informatiesysteem door de overheid aan het aanbestedings- en mededingingsrecht te toetsen*. Public Procurement Research Centre 2015.

**Manunza & Janssen 2015**

E.R. Manunza & W.A. Janssen, *De Inbesteding van Scanwerkzaamheden*, onderzoek UU (PPRC) 2015, 31p, via: <http://dspace.library.uu.nl/handle/1874/354846> (laatst gezien 31 aug. 2021).

**Manunza, Lohmann & Bouwman 2015**

E.R. Manunza, W. Lohmann & G. Bouwman, *Juridisch Leaflet Maatschappelijk Aanbesteden*, uitgave ministerie van BZK 2015.

**Manunza 2016**

E.R. Manunza, 'Sociaal opdrachtgeverschap. Ruimte geven voor sociale en duurzame overwegingen in aanbestedingen en sociale diensten via aanbestedingen inkopen', in: A. Gerbrandy & R. Rampersad (red.), *De sociale markteconomie van de EU en de kansen voor Nederland. Gedachten over de toekomst vanuit de niet-positivistische driesporen benadering van Bart Hessel*, Den Haag: Boom Juridisch 2016, p. 259-278.

**Manunza, Stcrt. 2017**

E.R. Manunza, 'Burgercollectieven en aanbestedingsrecht', *Staatscourant* 7 juli 2017.

**Manunza & Telgen, Stcrt. 2017**

E.R. Manunza & J. Telgen, 'Zorg inkopen kan anders dan aanschaf rioolbuizen', *Staatscourant* 6 juni 2017 (10), p. 8.

**Manunza, Ars Aequi 2017**

E.R. Manunza, 'De kunst van het kiezen', *Ars Aequi* 2017, p. 262-264.

**Manunza 2018**

E.R. Manunza, 'Achieving a sustainable and just society through public procurement? On the limits of relative scoring and of the principles of equal treatment and transparency', in: E.R. Manunza & F. Schotanus (eds.), *The Art of Public Procurement* (Liber Amicorum Jan Telgen) 2018.

**Manunza & Jansen, Stcrt. 2018**

E.R. Manunza & C.E.C. Jansen, 'Waarom een verplichting afschaffen die niet bestaat?', *Staatscourant* 2018 (20), p. 5.

**Manunza & Meershoek, PPLR 2020**

Elisabetta Manunza & Nathan Meershoek, 'Fostering the social market economy through public procurement? Legal impediments for new types of economy actors', *PPLR* 2020, 6, p. 343-358.

**Manunza, Meershoek & Senden 2020**

Elisabetta Manunza, Nathan Meershoek & Linda Senden, *Het Ecosysteem voor de militair-logistieke capaciteiten van de adaptieve Krijgsmacht. In het licht bezien van het NAVO-Verdrag, de EU-Verdragen en het nationale aanbestedings- en mededingingsrecht* (i.o. Ministerie van Defensie), 13 juli 2020, 61p.

**Manunza e.a. 2021**

Elisabetta Manunza, Sybe de Vries, Willem Janssen, Anouk van der Veer, *Het juridische loterijstelsel in Nederland: EU-proof? Een onderzoek naar de conformiteit van de regulering van loterijen in Nederland met het Europees recht*, onderzoek in opdracht van het Ministerie van Veiligheid en Justitie, 9 juli 2021, 75p.

**Manunza 2022**

Elisabetta Manunza, 'Een wat minder incoherent rechtsgebied', in: *Parels aan de kroon*, Deventer: Wolters Kluwer 2022, p. 129-138.

**Matheeussen, *Jura Falconis* 1993-1994**

Ellen Matheeussen, 'Interpretatiemethoden gehanteerd door het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschap', *Jura Falconis* (30) 1993-1994, afl. 3, p. 364-401.

**McCrudden & Prechal 2009**

Christopher McCrudden & S. Prechal, *The Concepts of Equality and Non-Discrimination in Europe: A practical approach* (rapport van het European Network of Legal Experts in the Field of Gender Equality), 2009, p. 1-49.

**McGowan, PPLR 2018**

David McGowan, 'The importance of award criteria and choice to the existence of a public contract: case C-9/17 Maria Tirkonnen', *Public Procurement Law Review* 2018, 4, p. 111-114.

**Meesters, TBR 2021/17**

J.W.A. Meesters, 'De uitsluitingsgronden als tool voor het bereiken van klimaatdoelstellingen – Is Europa klaar voor een concrete 'klimaat-uitsluitingsgrond'?', *TBR 2021/17* (themanummer, red. W.A. Janssen & N. van Wijk-van Gilst).

**Monitor Significant Synergy 2021**

Monitor Significant Synergy, *Aanbestedingen in Nederland 2017 – 2019. Onderzoek naar de waarde van, het aantal aanbestedingen en de mkb-deelname daarbinnen* (in opdracht van het Ministerie van Economische Zaken en Klimaat), 26 april 2021.



**Monti 2010**

M. Monti, *Een nieuwe strategie voor de eengemaakte interne markt. Ten dienste van de Europese economie en samenleving*, Rapport van Mario Monti aan de president van de Europese Commissie José Manuel Barroso, 9 mei 2010.

**Neergaard, PPLR 2007**

U. Neergaard, 'Public service concessions and related concepts – the increased pressure from Community law on Member States' use of concessions', *PPLR 2007*, afl. 6, p. 387-409.

**Neergaard e.a. 2013**

Ulla Neergaard, Erika Szyzszak, Johan Willem van de Gronden, Markus Krajewski (red.), *Social Services of General Interest in the EU*, The Hague: T.M.C. Asser Press 2013.

**Neij 1989**

R. Neij, *De organisatie van het maatschappelijk werk* (diss. Amsterdam, UvA), Zutphen: Walburg Pers 1989.

**Nijhof 2000**

M.B. Nijhof, *De concessie in Europeesrechtelijk perspectief* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 2000.

**Nijhof, NtEr 2018**

B. Nijhof, 'Tirkkonen: besluiteloosheid wordt beloond?', *NtEr* 2018, nr. 5/6, p. 165-169.

**Van Noort, Schotanus, Van der Klundert, Deal! 2014 (11)**

O. van Noort, F. Schotanus & J. van der Klundert, 'Hoop gevestigd op populatiegebonden zorginkoop', *Deal!* 2014(11), p. 32-35.

**Van Nouhuys, TAAN 2016/1**

J.F. van Nouhuys, 'Het abrupte einde van "bestuurlijk aanbesteden"', *Tijdschrift Aanbestedingsrecht* 2016/1.

**Van Nouhuys, TAAN 2018/43**

J.F. van Nouhuys, 'Aanbesteden zonder gunningscriteria: het Tirkkonen arrest', *Tijdschrift Aanbestedingsrecht* 2018/43.

**Ogink & Lohmann 2021**

Arjan Ogink & Wouter Lohmann, *Verkenning aanbesteden in het sociaal domein*, KPMG-rapport in opdracht van de gemeente Utrecht, 21 oktober 2021.

**Van Ommeren, AA 1987**

F.J. van Ommeren, 'Het rechtskarakter van de concessie', *AA* 1987, p. 334.

**Van Ommeren 1996**

F.J. van Ommeren, *De verplichting verankerd. De reikwijdte van het legaliteitsbeginsel en het materiële wetsbegrip* (diss. Amsterdam, VU), Zwolle: Tjeenk Willink 1996.

**Van Ommeren 2004**

F.J. van Ommeren, *Schaarse vergunningen. De verdeling van schaarse vergunningen als onderdeel van het algemene bestuursrecht* (oratie Amsterdam, VU), Deventer: Kluwer 2004.

**Van Ommeren, Den Ouden & Wolswinkel 2011<sup>a</sup>**

F.J. van Ommeren, W. den Ouden & C.J. Wolswinkel (red.), *Schaarse publieke rechten*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011.

**Van Ommeren, Den Ouden & Wolswinkel 2011<sup>b</sup>**

F.J. van Ommeren, W. den Ouden & C.J. Wolswinkel, 'Schaarse publieke rechten: naar een algemeen leerstuk', in: F.J. van Ommeren, W. den Ouden & C.J. Wolswinkel (red.), *Schaarse publieke rechten*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011, p. 17-41.

**Van Ommeren & Huisman 2013**

F.J. van Ommeren & P.J. Huisman, 'Van besluit naar rechtsbetrekking: een groei-model', F.J. van Ommeren, P.J. Huisman, G.A. van der Veen & K.J. de Graaf, *Het besluit voorbij* (Preadvies VAR-reeks 150), Den Haag: Bju 2013, 102p.

**Van Ommeren, NTB 2020/257**

F.J. van Ommeren, 'Concessies 2.0: de concessie op de grens van de vergunning, de overheidsopdracht en de subsidie', *NTB 2020/257* (10), p. 639-648.

**Oomkens, Hoogenboom & Knijn, Administration & Society 2015**

Rosanne Oomkens, Marcel Hoogenboom & Trudie Knijn, 'Continuity and Change: Comparative Case Study of Hospital and Home Care Governance in The Netherlands', *Administration & Society* (47) 2015, afl. 7, p. 851-880.

**Ortlep & Widdershoven 2017**

R. Ortlep & R.J.G.M. Widdershoven, 'Rechtsbescherming', in: S. Prechal & R.J.G.M. Widdershoven (red.), *Inleiding tot het Europees Bestuursrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2017, p. 327-431.

**Den Ouden 2002**

W. den Ouden, *De subsidieverplichting; wie betaalt bepaalt. Een onderzoek naar de rechtmatigheid van subsidieverplichtingen* (diss. Leiden; Meijers-reeks no. 41), Deventer: Kluwer 2002.

**Den Ouden, Jacobs & Verheij 2011**

W. den Ouden, M.J. Jacobs & N. Verheij, *Subsidierecht*, Deventer: Kluwer 2011.

**Den Ouden 2018**

W. den Ouden, 'Wel betalen, niet bepalen: de subsidiëring van burgerinitiatieven', in: N.S. Efthymiou, J. Goossens & R. de Lange (red.), *Democratie: nieuwe ontwikkelingen* (Publicaties van de Staatsrechtkring, nr. 21), Oisterwijk: Wolf Legal Publishers 2018, p. 131-162.

**Pennings & Manunza 2015**

F. Pennings & E.R. Manunza, 'The room for social policy conditions in public procurement law', in: A. van den Brink, M.J.J.P. Luchtman & M. Scholten (eds.), *Sovereignty in the shared legal order of the EU*, Antwerpen: Intersentia 2015, p. 173-195.

**Pijnacker Hordijk, Van der Bend & Van Nouhuys 2009**

E.H. Pijnacker Hordijk, G.W. van der Bend & J.F. van Nouhuys, *Aanbestedingsrecht. Handboek van het Europese en het Nederlandse Aanbestedingsrecht*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2009.

**Pommer & Boelhouwer 2016**

Evert Pommer & Jeroen Boelhouwer (red.), *Overall rapportage sociaal domein 2015. Rondom de transitie*, Den Haag: SCP 2016.

**Pommer & Boelhouwer 2017**

Evert Pommer & Jeroen Boelhouwer (red.), *Overall rapportage sociaal domein 2016. Burgers (de)centraal*, Den Haag: SCP 2017.

**Pommer e.a. 2018**

Evert Pommer e.a., *Overall rapportage sociaal domein 2017. Wisselend bewolkt*, Den Haag: SCP 2018.

**Van der Pot 1932**

C.W. van der Pot, 'De vormen van het besturen', in: C.W. van der Pot e.a. (red.), *Nederlandsch bestuursrecht*, Alphen aan den Rijn: Samsom 1932, p. 201-301.

**Prak 1999**

Maarten Prak, *Republikeinse veelheid, democratisch enkelvoud, sociale verandering in het revolutietijdvak: 's Hertogenbosch 1770-1820*, Nijmegen: SUN 1999.

**Prechal & De Leeuw, Review of European Administrative Law 2007**

S. Prechal & M. de Leeuw, 'Dimensions of Transparency: The Building Blocks for a New Legal Principle?', *Review of European Administrative Law* 2007, p. 51-62.

**Prechal, SEW 2008/145**

S. Prechal, 'De emancipatie van het "algemeen transparantiebeginsel"', *SEW* 2008/145, p. 316-322.

**Prechal & Van Roermund 2008**

S. Prechal & B. van Roermund (red.), *The coherence of EU-Law – The search of unity in divergent concepts*, Oxford: Oxford University Press 2008.

**Prechal & Van den Brink 2010**

Sacha Prechal & Ton van den Brink, *Methoden van omzetting van EU-recht in het Nederlandse recht* (Onderzoeksrapport voor de Raad van State), oktober 2010.

**Prechal, SEW 2015/11**

S. Prechal, 'Interne situatie en prejudiciële vragen', *SEW* 2015/11, p. 494-496.

**Prechal 2017**

S. Prechal, 'Europeanisering van het nationale bestuursrecht in hoofdlijnen', in: S. Prechal & R.J.G.M. Widdershoven (red.), *Inleiding tot het Europees Bestuursrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2017, p. 35-62.

**Prechal & Widdershoven 2017**

S. Prechal & R.J.G.M. Widdershoven (red.), *Inleiding tot het Europees Bestuursrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2017.

**Rapport Decentralisatie sociaal domein 2019**

*Rapport Decentralisatie sociaal domein* (I&O Research i.o. van Binnenlands Bestuur), november 2019.

**Rapport PSE-fractie 2006**

Rapport PSE-fractie 2006, *Een nieuwe impuls voor de publieke diensten in Europa rechtszekerheid, lokale autonomie en garanties voor de burger*, via: [https://www.socialistsanddemocrats.eu/sites/default/files/1917\\_NL\\_public\\_services\\_nl\\_november\\_2006.pdf](https://www.socialistsanddemocrats.eu/sites/default/files/1917_NL_public_services_nl_november_2006.pdf) (laatst gezien: 30 aug. 2021).

**Rapport van de Raad voor de financiële verhoudingen 2014**

Rapport van de Raad voor de financiële verhoudingen (Rfv), *Tussen betalen en bepalen. Publieke bekostiging van maatschappelijk initiatief*, Den Haag: Rfv 2014.

**Rapport Raad voor de financiële verhoudingen 2017**

Raad voor de financiële verhoudingen 2017, *Geld (om te) zorgen. Naar een toekomstbestendige bekostiging van het gemeentelijk sociaal domein*, juni 2017.

**Rapport Raad voor Volksgezondheid en Samenleving 2017**

Rapport Raad voor Volksgezondheid en Samenleving, *Recept voor maatschappelijk probleem. Medicalisering van levensfasen*, Den Haag: RVS 2017.

**Rapport VNG 2019**

Rapport VNG, *De staat van het sociaal domein. Terug-, rond- en vooruitkijken* (uitgave VNG), oktober 2019.

**Rapport WRR 2006**

Rapport Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, *De verzorgingsstaat herwogen. Over verzorgen, verzekeren, verheffen en verbinden* (uitgave: WRR), Amsterdam: Amsterdam University Press 2006.

**Rapport WRR 2018**

Rapport Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, *Europese variaties*, Den Haag: uitgave WRR 2018.

**Regeerakkoord 2012**

Regeerakkoord VVD – PvdA, *Bruggen slaan*, 29 oktober 2012.

**Regeerakkoord 2017**

Regeerakkoord VVD, CDA, D66 en CU (2017 – 2021), *Vertrouwen in de toekomst*, 10 oktober 2017.

**Van Rijn 2006**

T.P.J.N. van Rijn, *Lexplicatie*, commentaar op art. 2 Dienstenrichtlijn 2006.

**Robbe 2011**

T.H.G. Robbe, 'Bestuurlijk aanbesteden: waar komt het vandaan, mag het, wat is het en waar gaat het heen?', Nieuwegein: Robbe Adviesbureau/Robbe & Partners 2011.

**Robbe 2016**

T.H.G. Robbe, 'Het abrupte einde van "bestuurlijk aanbesteden"'? 'Ben je mal! Een replek op het artikel van J.F. van Nouhuys, Het abrupte einde van "bestuurlijk aanbesteden"', 2016, via: <https://docplayer.nl/20003455-Het-abrupte-einde-van-bestuurlijk-aanbesteden-ben-je-mal.html> (laatst gezien: 16 augustus 2021).

**Robbe, Aanbestedingscafé 2017**

Tim Robbe, 'Burgercollectieven vallen buiten het aanbestedingsrecht', *Aanbestedingscafé* 17 juli 2017.

**Robbe, NTB 2019/35**

T.H.G. Robbe, 'Hoe verdeel je een chocoladetaart? Een kritische beschouwing van de "mededingingsnorm" bij het verdelen van schaarse (publieke) rechten', *NTB* 2019/35.

**Robbe, NTB 2020/51**

T.H.G. Robbe, 'Verdeeld over een verdelingsnorm', *NTB* 2020/51.

**Rodrigues, E.J.S.L. 2011**

Stephane Rodrigues, 'The application to services of general economic interest, notably to social services of general interest, of the EU rules related to state aids, public procurement and the internal market. One year after the Commission's guide – SEC(2010)1545 final', *E.J.S.L.* 2011, 4, p. 254-267.

**Ross, ELR 2000**

M. Ross, 'Article 16 EC and services of general interest, from derogation to obligation?', *European Law Review* 2000, 25 (1), p. 22-38.

**Sánchez-Graells, EPPPL 2012**

Albert Sánchez-Graells, 'What need and logic for a new Directive on concessions, particularly regarding the issue of their economic balance?', *EPPPL* 2012 (7), afl. 2, p. 94-104.

**Sánchez-Graells 2015**

A. Sánchez-Graells, *Public Procurement and the EU Competition Rules*, Oxford: Hart Publishing 2015.

**Sánchez-Graells 2018**

Albert Sánchez-Graells, *Shaping EU Public Procurement Law: A Critical Analysis of the CJEU Case Law 2015-2017* (European Monographs), Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer 2018.

**Sánchez-Graells 2021**

Albert Sánchez-Graells, 'State Aid and EU Public Procurement: More Interactions, Fuzzier Boundaries', in: L. Hancher & J.J. Piernas López (eds.), *Research Handbook on European State Aid Law*, Cheltenham: Edward Elgar 2020, p. 329-346.

**Sauter, Markt en Mededinging 2008**

W. Sauter, 'Diensten van algemeen economisch belang en universele dienstverplichtingen in de gezondheidssector', *Markt en Mededinging* 2008, 11, afl. 1, p. 4-12.

**Sauter, European Law Review 2008**

W. Sauter, 'Services of general economic interest and universal service in EU-law', *European Law Review* 2008, 33(2), p. 167-192.

**Sauter, E.L.J. 2015**

Wolf Sauter, 'Public services and the internal market: building blocks or persistent irritant?', *E.L.J.* 2015, 21, afl. 6, p. 738-757.

**Von Savigny 1840**

Friedrich Karl von Savigny, *System des heutigen römischen Rechts* (bewerkt door Otto Ludwig Heuser (red.)), Den Haag: De Gruyter 2012 (Reprint editie 1840).

**Scheltema, WPNR 1992**

M. Scheltema, 'Een bijzondere positie voor de overheid in het overeenkomstenrecht? of: aandacht voor de bestuurlijke overeenkomst?', *WPNR* 1992, p. 958-963.

**Schlössels, Rechtsgeleerd Magazijn Themis 2013**

R.J.N. Schlössels, 'De twee kanten van artikel 8:3 lid 2 Awb — I. Een privaatrechtelijk besluit?!', *Rechtsgeleerd Magazijn Themis* 2013, 6, p. 254-256.

**Schlössels & Zijlstra 2010**

R.J.N. Schlössels & S.E. Zijlstra, *De Haan/Drupsteen/Fernhout, Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat*, Deventer: Kluwer 2010.

**Schlössels & Zijlstra 2017**

R.J.N. Schlössels & S.E. Zijlstra, *De Haan/Drupsteen/Fernhout, Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat (deel 1)*, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

**Schoenmaekers, Devroe & Philipsen 2014**

S. Schoenmaekers, W. Devroe & N. Philipsen (red.), *State Aid and Public Procurement in the European Union* (Ius Commune Europaeum 131), Cambridge-Antwerp-Portland: Intersentia 2014.

**Schotanus e.a., *Journal of Purchasing and Supply Management* 2021**

Fredo Schotanus, Gijsbert van den Engh, Yoran Nijenhuis & Jan Telgen, 'Supplier selection with rank reversal in public tenders', *Journal of Purchasing and Supply Management* 2021.

**Schuler-Harms 2017**

Margarete Schuler-Harms, 'Sozialleistungserbringung im Open House-Modell zwischen Vergaberecht und Sozialrecht', in: Felix Welti e.a. (red.), *Gesundheit, Alter, Pflege, Rehabilitation – Recht und Praxis im interdisziplinären Dialog*, Baden-Baden: Nomos 2017, p. 563-574.

**Senden 2004**

Linda Senden, *Soft Law in European Community Law*, Oxford/Portland Oregon: Hart Publishing 2004.

**Sevinga, *NtEr* 2014/6**

K. Sevinga, 'Bevoegdheid van het Hof van Justitie: de ene interne situatie is de andere niet', *NtEr* 2014/6, p. 196-202.

**Seyr 2008**

Sibylle Seyr, *Der effet utile in der Rechtsprechung des EuGH*, Berlin: Duncker & Humblot 2008.

**Sindbjerg Martinsen 2013**

Dorte Sindbjerg Martinsen, 'Welfare States and Social Europe', in: Ulla Neergaard e.a., *Social services of General interest in the EU*, Den Haag: T.M.C. Asser Press/Springer 2013, p. 53-70.

**Sjåfjell & Wiesbrock 2015**

Beate Sjåfjell & Anja Wiesbrock, *Sustainable Public Procurement under EU Law. New Perspectives on the State as Stakeholder*, Cambridge: Cambridge University Press 2015.

**Smits 2004**

J.M. Smits, 'The Europeanisation of national Legal systems: some consequences for legal thinking in civil law countries', in: M. van Hoecke, *Epistemology and Methodology of Comparative law*, Oxford: Hart Publishing 2004, p. 229-245.

**Spierings 2016**

C. Spierings, *De eenzijdige rechtshandeling* (serie: Onderneming en recht nr. 89), Deventer: Wolters Kluwer 2016.

**Steenbeek 1961**

J.G. Steenbeek, 'De rechtsvorm', in: R.A.V. Baron van Haersolte, H.A. Brasz & J.G. Steenbeek, *De overheids subsidie* (VAR-geschriften XLIV), Haarlem 1961.

**Steiner 2019**

Bruno Steiner, *De rekening opgemaakt! Financiën gemeentelijk sociaal domein 2018 in meerjarig perspectief* (onderzoek i.o. van Divosa, Vereniging van Nederlandse Gemeenten en Netwerk directeuren sociaal domein), 13 november 2019.

**Stellingwerff Beintema, Gst. 2010**

A. Stellingwerff Beintema, 'De Dienstenrichtlijn en aanbestedingsregels', *Gemeentestem* 2010, 49.

**Stinis, TVBV 2004**

H.P.J. Stinis, 'Mode(r)n beleid: Demedicalisering of ook wel "Weg met de diagnose, alleen het resultaat telt"', *Tijdschrift voor Bedrijfs- en Verzekeringsgeneeskunde* (12) 2004, afl. 7, p. 195.

**Telgen & Schotanus 2010**

J. Telgen & F. Schotanus, *Effects of full transparency in supplier selection on subjectivity and bid quality*, in: 4<sup>th</sup> International Public Procurement Conference, August 2010, Seoul, South Korea.

**Telgen, Uenk & Lohmann, Lucide 2014**

Jan Telgen, Niels Uenk & Wouter Lohmann, 'Gemeenten als opdrachtgever', *Lucide* 2014, afl. 3, p. 59-63.

**Timmermans & Klijnsma 2007**

Tanja Timmermans & Meine Henk Klijnsma (red.), *Keuzevrijheid voor burgers bij publieke dienstverlening. Een verkenning ten behoeve van het Strategiebeeraad rijksbreed* (uitgave Ministerie van BZK), maart 2007.

**Tjalma-den Oudsten, Laagland & Brinkman 2006**

Hester Tjalma-den Oudsten, Mayke Laagland & Nico Brinkman, *Verkrege en verdwenen taken van gemeenten, een inventariserend onderzoek 1980-2006* (uitgevoerd door SGBO in opdracht van het ministerie van BZK), augustus 2006.

**Tonkens, NRC 12 september 2018**

Evelien Tonkens, in: Ingmar Vriesema, 'Wie hulp nodig heeft, heeft weinig aan een netwerk' (interview met Evelien Tonkens, hoogleraar Burgerschap en Humanisering van de Publieke Sector aan de Universiteit voor Humanistiek in Utrecht), *NRC* 12 september 2018.

**Uenk, Sociaal Bestek 2016**

N. Uenk, 'De gemeente als opdrachtgever in het sociaal domein', *Sociaal Bestek* (78) 2016, p. 14-17.

**Uenk e.a. 2018**

Niels Uenk, Madelon Wind, Jan Telgen & Inge Bastiaanssen, *Monitor gemeentelijke zorginkoop 2018. Stand van zaken inkoop diensten in het kader van Wmo 2015 en Jeugdwet* (PPRC en Nji i.o. van PIANOo), bijlage bij *Kamerstukken II* 34477, nr. 38.



**Uenk 2019**

N. Uenk, *Commissioning of social care services. Municipal commissioning approaches for social care services – evidence from a countrywide live experiment* (diss. Utrecht), 2019.

**Uenk & Telgen, *Journal of Purchasing and Supply Management* 2019**

N. Uenk & J. Telgen, *Journal of Purchasing and Supply Management* (25) 2019, afl. 1, p. 5-17.

**Uenk, Wind & Telgen 2019**

N. Uenk, M. Wind & J. Telgen, *Monitor gemeentelijke zorginkoop 2019. Stand van zaken inkoop diensten in het kader van Wmo 2015 en Jeugdwet* (PPRC i.o. van het ministerie van VWS), bijlage bij *Kamerstukken II* 2018/19, 34477, nr. 70.

**Uenk & Wind 2020**

N. Uenk & M. Wind, *Monitor gemeentelijke zorginkoop 2020. Stand van zaken inkoop diensten in het kader van Wmo 2015 en Jeugdwet* (PPRC i.o. van het ministerie van VWS), bijlage bij *Kamerstukken II* 2019/20, 34477, nr. 74.

**Uzman 2018**

Jerfi Uzman, 'Democratie van de rede? Burgerparticipatie en de Nederlandse constitutie' (Preadvies van Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland), 2018, 1, p. 53-100.

**Van der Valk 1986**

Loes van der Valk, *Van pauperzorg tot bestaanszekerheid*, Amsterdam: Stichting Internationaal Instituut voor Sociale Geschiedenis 1986.

**Van der Valk & Van Iwaarden, *Journal of Purchasing and Supply Management* 2011**

W. van der Valk & J. van Iwaarden, 'Monitoring in service triads consisting of buyers, subcontractors and end customers', *Journal of Purchasing and Supply Management* (17) 2011, afl. 3, p. 198-206.

**Van der Veer, Schalk & Gilsing, *Beleid en Maatschappij* 2011**

Judith van der Veer, Jelmer Schalk & Rob Gilsing, 'Decentralisatie: maatwerk of uniformiteit? Het Wmo-beleid van Nederlandse gemeenten', *Beleid en Maatschappij* 2011 (38)3, p. 265-285.

**In 't Veld, *European Economy Discussion Papers* 2019**

Jan in 't Veld, 'Quantifying the Economic Effects of the Single Market in a Structural Macromodel', *European Economy Discussion Papers* februari 2019, nr. 94.

**Op het Veld & Wachtmeester 2012**

A. op het Veld & J. Wachtmeester, *Decentralisatie betekent transitie & transformatie. Nieuwe verantwoordelijkheden, rollen en opgaven in maatschappelijke ondersteuning* (i.o. van TransitieBureau Begeleiding in de Wmo van het Ministerie van VWS en de VNG), januari 2012.

**Van der Velde, Sociale Vraagstukken 31 mei 2019**

Geerten van der Velde, 'Hoe jeugdhulp wel beter en goedkoper kan', *Sociale Vraagstukken*, 31 mei 2019 (via: socialevraagstukken.nl).

**Verboeket, NTB 2020/202**

Louise Verboeket, 'Tussen stimuleren en contracteren: over de concurrentie tussen subsidies en opdrachten, in het bijzonder bij prijsvragen', *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht* 2020/202.

**Verhoeven & Jans 2017**

M.J.M. Verhoeven & J.H. Jans, 'Doorwerking via conforme interpretatie en rechtstreekse werking', in: S. Prechal & R.J.G.M. Widdershoven (red.), *Inleiding tot het Europees Bestuursrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2017, p. 63-122.

**Versteeg, JAAN 2021/118**

Daan Versteeg, 'Heropenen met een open house' (annotatie bij Rb. Amsterdam (vzr.) 16 april 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:2005), *JAAN* 2021/118.

**Viool e.a. 2020<sup>a</sup>**

Vincent Viool, Oscar Kraan, Isabel Meinema & Astrid van der Hoorn, *Report public procurement of social health services: Study of regulatory burden and the level of cross-border dimension*, onderzoek uitgevoerd door Monitor Deloitte in opdracht van het ministerie van VWS, augustus 2020, p. 1-49, via: file:///C:/Users/gerri/Downloads/report-public-procurement-of-social-health-services-study-of-regulatory-burden-and-the-level-of-cross-border-dimension.pdf (laatst gezien 31 aug. 2021).

**Viool e.a. 2020<sup>b</sup>**

Vincent Viool, Oscar Kraan, Isabel Meinema & Astrid van der Hoorn, *Rapport aanbestedingen in het sociaal domein: Studie naar de uitvoeringslasten en grensoverschrijdendheid* (Nederlands addendum), onderzoek uitgevoerd door Monitor Deloitte in opdracht van het ministerie van VWS, augustus 2020, p. 1-13.

**Viroli 2019**

Maurizio Viroli, *Nationalists and Patriots*, Zagreb: TIM-press 2019.

**Vonk e.a. 2020**

R.A.A. Vonk, H.B.M. Hilderink, M.H.D. Plasmans, G.J. Kommer & J.J. Polder, *Toekomstverkenning zorguitgaven 2015-2060 Kwantitatief vooronderzoek in opdracht van de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid. Deel 1: toekomstprojecties* (RIVM-rapport 2020-0059), 2020.

**Vriesema, NRC 30 december 2015**

Ingmar Vriesema, 'Nieuwe route in de zorg: zoek de pers en Van Rijn grijpt in', *NRC* 30 december 2015.

**Vrooman 2021**

J.C. Vrooman, 'De maatschappelijke consequenties van het institutionele pad; Regelingen voor werkloosheid, arbeidsongeschiktheid en bijstand, 1980-2015', in: E.M.H. Hirsch Ballin e.a. (red.), *De toekomst van de sociale zekerheid: de menselijke maat in een solidaire samenleving*, Den Haag: Boom juridische uitgevers 2021.

**Wehlander & Madell 2013**

Caroline Wehlander & Tom Madell, 'SSGIs in Sweden: with a special Emphasis on Education', in: Ulla Neergaard e.a. (red.), *Social Services of General Interest in the EU*, The Hague: T.M.C. Asser Press 2013, p. 461-495.

**Wehlander 2016**

Caroline Wehlander, *Services of General Economic Interest as a constitutional Concept of EU Law*, The Hague: T.M.C. Asser Press 2016.

**Widdershoven e.a. 2007**

R.J.G.M. Widdershoven e.a., *Derde evaluatie van de Algemene wet bestuursrecht. De Europese agenda van de Awb*, 's-Gravenhage: Boom Juridische Uitgevers 2007.

**Widdershoven 2012**

R.J.G.M. Widdershoven, 'De doorwerking van richtlijnen in een samengestelde Europese rechtsorde', in: Kummeling e.a. (red.), *De samengestelde Besselink. Bruggen bouwen tussen nationaal, Europees en internationaal recht*, Oisterwijk: Wolf Legal Publishers 2012, p. 207-226.

**Widdershoven 2019**

R.J.G.M. Widdershoven, 'De Awb binnen het Unierecht: geen rustig bezit', in: Barkhuysen e.a. (red.), *25 jaar Awb. In eenheid en verscheidenheid*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 459-468.

**Widdershoven 2021**

R.J.G.M. Widdershoven, *De olievlekwerking van het aanbestedingsrecht*, Rede ter gelegenheid van de diploma-uitreiking voor de Opleiding 'Aanbestedingsrecht voor de inkooppraktijk', Departement Rechtsgeleerdheid Universiteit Utrecht op 22 maart 2021, via: <https://www.uu.nl/opinie/de-olievlekwerking-van-het-aanbestedingsrecht>.

**Wieland 2017**

J. Wieland, *De bescherming van concurrentiebelangen in het bestuursrecht* (diss. Leiden), Den Haag: Boom juridisch 2017.

**Wiesbrock, Legal Issues of Economic Integration 2013**

A. Wiesbrock, 'An obligation for sustainable procurement? Gauging the potential impact of Article 11 TFEU on public contracting in the EU', *Legal Issues of Economic Integration* 2013 (40), afl. 2, p. 105-132.

**Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2014**

W. Konijnenbelt & R.M. van Male, *Van Wijk, Hoofdstukken van bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2014.

**Wolswinkel 2013**

C.J. Wolswinkel, *De verdeling van schaarse publiekrechtelijke rechten: Op zoek naar algemene regels van verdelingsrecht* (diss. Amsterdam VU), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013.

**Wolswinkel, *Jbplus* 2013/2**

C.J. Wolswinkel, 'De verdeling van schaarse vergunningen. Convergentie in de jurisprudentie?', *Jbplus* 2013/2, p. 62-80.

**Wolswinkel, *PPLR* 2015**

C.J. Wolswinkel, 'From public contracts to limited authorisations and vice versa: Exploring the EU Court's corollary approach on award procedures', *Public Procurement Law Review* 2015 (24), afl. 5, p. 137-163.

**Wolswinkel, *EPPPL* 2017**

J. Wolswinkel, 'Concession meets authorisation: new demarcation lines under the Concessions Directive', *EPPPL* (12) 2017, afl. 4, p. 396-407.

**Zhang, Lawrence & Anderson, *Journal of Operations Management* 2015**

J.J. Zhang, B. Lawrence & C.K. Anderson, 'An agency perspective on service triads: Linking operational and financial performance', *Journal of Operations Management* (35) 2015, p. 56-66.

***Zicht op revolverende fondsen van het Rijk 2019***

*Zicht op revolverende fondsen van het Rijk*, uitgave Algemene Rekenkamer, Den Haag april 2019.

**Zijlstra e.a. 2012**

S.E. Zijlstra, T.C. Borman, S.A.J. Munneke, F.J. van Ommeren, A.E. Schilder & E. Steyger (red.), *Wetgeven. Handboek voor de centrale en decentrale overheid*, Deventer: Kluwer 2012.

# Jurisprudentieregister

## *Hof van Justitie EU*

- HvJ EG 5 februari 1963, 26/62, ECLI:EU:C:1963:1 (*Van Gend & Loos*).
- HvJ EG 15 juli 1964, 6/64, ECLI:EU:C:1964:34 (*Costa/ENEL*).
- HvJ EG 16 december 1967, 33/76, ECLI:EU:C:1976:188 (*Rewe*).
- HvJ EG 4 december 1974, C-41/74, ECLI:EU:C:1974:133 (*Van Duyn/Home Office*).
- HvJ EG 8 april 1976, 43/75, ECLI:EU:C:1976:56 (*Defrenne*).
- HvJ EG 19 oktober 1977, gevoegde zaken 117/76 en 16/77, ECLI:EU:C:1977:160 (*Ruckdeschel*).
- HvJ EG 16 november 1977, 13/77, ECLI:EU:C:1977:185 (*INNO*).
- HvJ EG 15 juni 1978, 149/77, ECLI:EU:C:1978:130 (*Defrenne v. Sabena*).
- HvJ EG 20 februari 1979, C-120/78, ECLI:EU:C:1979:42 (*Cassis de Dijon*).
- HvJ EG 8 oktober 1980, 810/79, ECLI:EU:C:1980:228 (*Überschär*).
- HvJ EG 7 februari 1984, 238/82, ECLI:EU:C:1984:45 (*Duphar*).
- HvJ EG 4 december 1984, 205/84, ECLI:EU:C:1986:463 (*Commissie/Duitsland*).
- HvJ EG 10 maart 1987, C-199/85, ECLI:EU:C:1987:115 (*Commissie/Italië*).
- HvJ EG 16 juni 1987, C-118/85, ECLI:EU:C:1987:283 (*Commissie/Italië*).
- HvJ EG 20 september 1988, 31/87, ECLI:EU:C:1988:422 (*Beentjes*).
- HvJ EG 27 september 1988, 263/86, ECLI:EU:C:1988:451 (*Humbel en Edel*).
- HvJ EG 11 juli 1989, C-265/87, ECLI:EU:C:1989:303 (*Schräder*).
- HvJ EG 5 december 1989, C-3/88, ECLI:EU:C:1989:606 (*Dataprocessing*).
- HvJ EG 26 februari 1991, C-180/89, ECLI:EU:C:1991:78 (*Commissie/Italië*).
- HvJ EG 26 februari 1991, C-154/89, ECLI:EU:C:1991:76 (*Commissie/Frankrijk*).
- HvJ EG 23 april 1991, C-41/90, ECLI:EU:C:1991:161 (*Höfner*).
- HvJ EG 7 mei 1991, C-340/89, ECLI:EU:C:1991:193 (*Vlassopoulou*).
- HvJ EG 25 juli 1991, C-76/90, ECLI:EU:C:1991:331 (*Säger v Dennemeyer*).
- HvJ EG 10 december 1991, C-179/90, ECLI:EU:C:1991:464 (*Merci convenzionali porto di Genova*).
- HvJ EG 17 februari 1993, zaken C-159/91 en C-160/91, ECLI:EU:C:1993:63 (*Poucet en Pistre*).
- HvJ EG 22 juni 1993, C-243/89, ECLI:EU:C:1993:257 (*Storabaelt*).
- HvJ EG 27 oktober 1993, C-127/92, ECLI:EU:C:1993:859 (*Enderby/Frenchay Health Services*).
- HvJ EG 24 maart 1994, C-275/92, ECLI:EU:C:1994:119 (*Schindler*).
- HvJ EG 26 april 1994, C-272/91, ECLI:EU:C:1994:167 (*Commissie/Italië*).
- HvJ EG 16 november 1995, C-244/94, ECLI:EU:C:1995:392 (*Fédération française des sociétés d'assurances*).
- HvJ EG 30 november 1995, C-55/94, ECLI:EU:C:1995:411 (*Gebhard*).
- HvJ EG 14 december 1995, C-317/93, ECLI:EU:C:1995:438 (*Inge Nolte*).
- HvJ EG 15 december 1995, C-415/93, ECLI:EU:C:1995:463 (*Bosman*).
- HvJ EG 28 maart 1996, C-272/94, ECLI:EU:C:1996:147 (*Guiot*).
- HvJ EG 28 maart 1996, C-129/94, ECLI:EU:C:1996:143 (*Ruiz Bernáldez*).

- HvJ EG 25 april 1996, C-87/94, ECLI:EU:C:1996:161 (*Waalse Bussen*).
- HvJ EG 17 juni 1997, C-70/95, ECLI:EU:C:1997:301 (*Sodemare*).
- HvJ EG 17 juli 1997, C-242/95, ECLI:EU:C:1997:376 (*GT-Link AS/Danske Statsbaner*).
- HvJ EG 11 december 1997, C-55/96, ECLI:EU:C:1997:603 (*Job Centre*).
- HvJ EG 15 januari 1998, C-44/96, ECLI:EU:C:1998:4 (*Mannesmann*).
- HvJ EG 18 juni 1998, C-35/96, ECLI:EU:C:1998:303 (*Commissie/Italië*).
- HvJ EG 18 juni 1998, C-266/96, ECLI:EU:C:1998:306 (*Corsica Ferries France SA*).
- HvJ EG 10 november 1998, C-360/96, ECLI:EU:C:1998:525 (*Arnhem/BFI*).
- HvJ EG 18 november 1999, C-275/98, ECLI:EU:C:1999:567 (*Unitron Scandinavia*).
- HvJ EG 18 november 1999, C-107/98, ECLI:EU:C:1999:562 (*Teckal*).
- HvJ EG 2 december 1999, C-176/98, ECLI:EU:C:1999:593 (*Holst Italia*).
- HvJ EG 24 februari 2000, C-434/97, ECLI:EU:C:2000:98 (*Commissie/Frankrijk*).
- HvJ EG 6 juni 2000, C-281/98, ECLI:EU:C:2000:296 (*Angonese*).
- HvJ EG 12 september 2000, C-180/98 en C-184/98, ECLI:EU:C:2000:428 (*Pavlov e.a.*).
- HvJ EG 26 september 2000, C-225/98, ECLI:EU:C:2000:494 (*Commissie/Frankrijk*).
- HvJ EG 3 oktober 2000, C-380/98, ECLI:EU:C:2000:529 (*University of Cambridge*).
- HvJ EG 5 oktober 2000, C-16/98, ECLI:EU:C:2000:541 (*Commissie v. Frankrijk*).
- HvJ EG 7 december 2000, C-324/98, ECLI:EU:C:2000:669 (*Telaustria en Telefonadress*).
- HvJ EG 7 december 2000, C-94/99, ECLI:EU:C:2000:677 (*ARGE*).
- HvJ EG 1 februari 2001, C-237/99, ECLI:EU:C:2001:70 (*Commissie/Frankrijk*).
- HvJ EG 20 februari 2001, C-205/99, ECLI:EU:C:2001:107 (*Analir*).
- HvJ EG 12 juli 2001, C-399/98, ECLI:EU:C:2001:401 (*Scala*).
- HvJ EG 4 oktober 2001, C-403/99, ECLI:EU:C:2001:507 (*Italië/Commissie*).
- HvJ EG 25 oktober 2001, C-475/99, ECLI:EU:C:2001:577 (*Ambulanz Glöckner*).
- HvJ EG 20 november 2001, C-268/99, ECLI:EU:C:2001:616 (*Jany e.a.*).
- HvJ EG 27 november 2001, C-285/99 en C-286/99, ECLI:EU:C:2001:640 (*Impresa Lombardini*).
- HvJ EG 22 januari 2002, C-218/00, ECLI:EU:C:2002:36 (*INAIL*).
- HvJ EG 18 juni 2002, C-92/00, ECLI:EU:C:2002:379 (*HI*).
- HvJ EG 17 september 2002, C-513/99, ECLI:EU:C:2002:495 (*Concordia Bus Finland*).
- HvJ EG 19 september 2002, C-336/00, ECLI:EU:C:2002:509 (*Huber*).
- HvJ EG 12 december 2002, C-470/99, ECLI:EU:C:2002:746 (*Universale Bau e.a.*).
- HvJ EG 27 februari 2003, C-373/00, ECLI:EU:C:2003:110 (*Adolf Truley GmbH*).
- HvJ EG 3 mei 2003, C-385/99, ECLI:EU:C:2003:270 (*Müller-Fauré en Van Riet*).
- HvJ EG 22 mei 2003, C-355/00, ECLI:EU:C:2003:298 (*Freskot*).
- HvJ EG 19 juni 2003, C-315/01, ECLI:EU:C:2003:360 (*GAT*).
- HvJ EG 24 juli 2003, C-280/00, ECLI:EU:C:2003:415 (*Altmark*).
- HvJ EG 4 december 2003, C-448/01, ECLI:EU:C:2003:651 (*EVN/Wienstrom*).
- HvJ EG 16 maart 2004, gevoegde zaken C-264/01, C-306/01, C-354/01, C-355/01, ECLI:EU:C:2004:150 (*AOK Bundesverband*).
- HvJ EG 29 april 2004, C-496/99, ECLI:EU:C:2004:236 (*Succhi di Frutta*).
- HvJ EG 5 oktober 2004, gevoegde zaken C-397/01-C-403/01, ECLI:EU:C:2004:584 (*Pfeiffer*).
- HvJ EG 14 december 2004, C-434/02, ECLI:EU:C:2004:800 (*Arnold André*).
- HvJ EG 14 december 2004, C-210/03, ECLI:EU:C:2004:802 (*Swedish Match*).
- HvJ EG 11 januari 2005, C-26/03, ECLI:EU:C:2005:5 (*Stadt Halle*).
- HvJ EG 3 maart 2005, gevoegde zaken C-21/03 en C-34/03, ECLI:EU:C:2005:127 (*Fabicom*).

- HvJ EG 21 juli 2005, C-231/03, ECLI:EU:C:2005:487 (*Coname*).
- HvJ EG 13 oktober 2005, C-458/03, ECLI:EU:C:2005:605 (*Parking Brixen*).
- HvJ EG 20 oktober 2005, C-264/03, ECLI:EU:C:2005:620 (*Commissie/Frankrijk*).
- HvJ EG 10 november 2005, C-29/04, ECLI:EU:C:2005:670 (*Commissie/Oostenrijk*).
- HvJ EG 6 april 2006, C-410/04, ECLI:EU:C:2006:237 (ANAV).
- HvJ EG 28 september 2006, C-282/04 en C-283/04, ECLI:EU:C:2006:608 (*Commissie/Nederland*).
- HvJ EG 18 januari 2007, C-220/05, ECLI:EU:C:2007:31 (*Auroux Roanne*).
- HvJ EG 19 april 2007, C-444/05, ECLI:EU:C:2007:231 (*Stamatelaki*).
- HvJ EG 19 april 2007, C-295/05, ECLI:EU:C:2007:227 (*Asemfo Tragsa*).
- HvJ EG 18 juli 2007, C-382/05, ECLI:EU:C:2007:445 (*Commissie/Italië*).
- HvJ EG 11 september 2007, C-318/05, ECLI:EU:C:2007:495 (*Commissie/Duitsland*).
- HvJ EG 13 november 2007, C-507/03, ECLI:EU:C:2007:676 (*An Post*).
- HvJ EG 29 november 2007, C-119/06, ECLI:EU:C:2007:729 (*Commissie/Italië*).
- HvJ EG 13 december 2007, C-337/06, ECLI:EU:C:2007:786 (*Bayerischer Rundfunk*).
- HvJ EG 18 december 2007, C-357/06, ECLI:EU:C:2007:818 (*Frigerio Luigi & C*).
- HvJ EG 24 januari 2008, C-532/06, ECLI:EU:C:2008:40 (*Lianakis*).
- HvJ EG 14 februari 2008, C-450/06, ECLI:EU:C:2008:91 (*Varec SA*).
- HvJ EG 21 februari 2008, C-412/04, ECLI:EU:C:2008:102 (*Commissie/Italië*).
- HvJ EG 15 mei 2008, gevoegde zaken C-147/06 en C-148/06, ECLI:EU:C:2008:277 (*SECAP*).
- HvJ EG 7 juli 2008, C-347/06, ECLI:EU:C:2008:416 (*ASM Brescia*).
- HvJ EG 17 juli 2008, C-389/05, ECLI:EU:C:2008:411 (*Commissie/Frankrijk*).
- HvJ EG 11 september 2008, C-141/07, ECLI:EU:C:2008:492 (*Commissie/Duitsland*).
- HvJ EG 13 november 2008, C-437/07, ECLI:EU:C:2008:624 (*Commissie/Italië*).
- HvJ EG 13 november 2008, C-324/07, ECLI:EU:C:2008:621 (*Coditel Brabant*).
- HvJ EG 16 december 2008, C-213/07, ECLI:EU:C:2008:731 (*Michaniki*).
- HvJ EU 5 maart 2009, C-388/07, ECLI:EU:C:2009:128 (*Age Concern*).
- HvJ EG 10 maart 2009, C-169/07, ECLI:EU:C:2009:141 (*Hartlauer*).
- HvJ EG 19 mei 2009, C-538/07, ECLI:EU:C:2009:317 (*Assitur*).
- HvJ EG 11 juni 2009, C-300/07, ECLI:EU:C:2009:358 (*Hans & Christophorus Oymanns*).
- HvJ EG 10 september 2009, C-206/08, ECLI:EU:C:2009:540 (*Eurawasser*).
- HvJ EG 15 oktober 2009, C-196/08, ECLI:EU:C:2009:628 (*Acoset*).
- HvJ EG 23 december 2009, C-305/08, ECLI:EU:C:2009:807 (*CoNISMa*).
- HvJ EG 23 december 2009, C-376/08, ECLI:EU:C:2009:808 (*Serrantoni*).
- HvJ EU 25 maart 2010, C-451/08, ECLI:EU:C:2010:168 (*Helmut Müller*).
- HvJ EU 1 juni 2010, C-570/07 en C-571/07, ECLI:EU:C:2010:300 (*Blanco Pérez en Gómez*).
- HvJ EU 3 juni 2010, C-203/08, ECLI:EU:C:2010:307 (*Betfair*).
- HvJ EU 10 juni 2010, C-140/09, ECLI:EU:C:2010:335 (*Fallimento Traghetti del Mediterraneo*).
- HvJ EU 8 september 2010, C-46/08, ECLI:EU:C:2010:505 (*Carmen Media Group*).
- HvJ EU 9 september 2010, C-64/08, ECLI:EU:C:2010:506 (*Engelmann*).
- HvJ EU 10 maart 2011, C-274/09, ECLI:EU:C:2011:130 (*Stadler/Passau*).
- HvJ EU 11 maart 2010, C-384/08, ECLI:EU:C:2010:133 (*Attanasio Group Srl*).
- HvJ EU 10 november 2011, C-348/10, ECLI:EU:C:2011:721 (*Norma-A SLA*).
- HvJ EU 29 maart 2012, C-599/10, ECLI:EU:C:2012:191 (*SAG*).
- HvJ EU 13 december 2012, C-252/10 P, ECLI:EU:C:2011:512 (*Evropaïki Dynamiki*).
- HvJ EU 19 december 2012, C-159/11, ECLI:EU:C:2012:817 (*ASL Lecce*).

- HvJ EU 8 mei 2013, C-197/11 en C-203/11, ECLI:EU:C:2013:288 (*Eric Libert*).
- HvJ EU 13 juni 2013, C-386/11, ECLI:EU:C:2013:385 (*Piepenbrock*).
- HvJ EU 11 juli 2013, C-57/12, ECLI:EU:C:2013:517 (*Femarbel*).
- HvJ EU 10 oktober 2013, C-336/12, ECLI:EU:C:2013:647 (*Manova*).
- HvJ EU 14 november 2013, C-221/12, ECLI:EU:C:2013:736 (*Belgacom*).
- HvJ EU 8 mei 2014, C-15/13, ECLI:EU:C:2014:303 (*Datenlotsen Informationssysteme*).
- HvJ EU 19 juni 2014, C-574/12, ECLI:EU:C:2014:2004 (*SUCH*).
- HvJ EU 10 juli 2014, C-358/12, ECLI:EU:C:2014:2063 (*Consorcio Stabile Libor Lavori Pubblici*).
- HvJ EU 10 juli 2014, C-213/13, ECLI:EU:C:2014:2067 (*Impresa Pizzarotti*).
- HvJ EU 11 december 2014, C-113/13, ECLI:EU:C:2014:2440 (*Spezzino*).
- HvJ EU 18 december 2014, C-568/13, ECLI:EU:C:2014:2466 (*Data Medical Service*).
- HvJ EU 14 januari 2015, C-518/13, ECLI:EU:C:2015:9 (*Eventech Ltd*).
- HvJ EU 12 maart 2015, C-538/13, ECLI:EU:C:2015:166 (*eVigilo*).
- HvJ EU 26 maart 2015, C-601/13, ECLI:EU:C:2015:204 (*Ambisig*).
- HvJ EU 21 mei 2015, C-269/14, ECLI:EU:C:2015:329 (*Kansaneläkelaitos*).
- HvJ EU 18 juni 2015, C-508/13, ECLI:EU:C:2015:403 (*Estland/Parlement en Raad*).
- HvJ EU 6 oktober 2015, C-203/14, ECLI:EU:C:2015:664 (*Consorci Sanitari del Maresme*).
- HvJ EU 28 januari 2016, C-50/14, ECLI:EU:C:2016:56 (*CASTA*).
- HvJ EU 4 mei 2016, C-547/14, ECLI:EU:C:2016:325 (*Philip Morris Brands e.a.*).
- HvJ EU 2 juni 2016, C-410/14, ECLI:EU:C:2016:399 (*Falk Pharma*).
- HvJ EU 14 juli 2016, C-6/15, ECLI:EU:C:2016:555 (*TNS Dimarso v Vlaams Gewest*).
- HvJ EU 14 juli 2016, gevoegde zaken C-458/14 en C-67/15, ECLI:EU:C:2016:558 (*Promoimpresa*).
- HvJ EU 6 oktober 2016, C-318/15, ECLI:EU:C:2016:747 (*Tecnoedi*).
- HvJ EU 10 november 2016, C-199/15, ECLI:EU:C:2016:853 (*Ciclat*).
- HvJ EU 15 november 2016, C-268/15, ECLI:EU:C:2016:874 (*Ullens de Schooten*).
- HvJ EU 14 december 2016, C-171/15, ECLI:EU:C:2016:948 (*Connexion Taxi Services*).
- HvJ EU 21 december 2016, C-51/15, ECLI:EU:C:2016:985 (*Remondis I*).
- HvJ EU 5 april 2017, C-298/15, ECLI:EU:C:2017:266 (*Borta/Klaipedos*).
- HvJ EU 1 maart 2018, C-9/17, ECLI:EU:C:2018:142 (*Tirkkonen*).
- HvJ EU 19 april 2018, C-65/17, ECLI:EU:C:2018:263 (*Oftalma Hospital*).
- HvJ EU 3 oktober 2019, C-285/18, ECLI:EU:C:2019:829 (*Irgita*).
- HvJ EU 18 oktober 2018, C-606/17, ECLI:EU:C:2018:843 (*IBA Molecular Italy*).
- HvJ EU 25 oktober 2018, C-413/17, ECLI:EU:C:2018:865 (*Roche Lietuva*).
- HvJ EU 28 mei 2020, C-796/18, ECLI:EU:C:2020:395 (*Stadt Köln*).
- HvJ EU 11 juni 2020, C 262/18 P en C 271/18 P, ECLI:EU:C:2020:450 (*Commissie/Dôvera*).
- HvJ EU 10 september 2020, C-367/19, ECLI:EU:C:2020:685 (*Tax-Fin-Lex*).
- HvJ EU 22 april 2021, C-537/19, ECLI:EU:C:2021:319 (*Commissie/Oostenrijk*).
- HvJ EU 14 juli 2022, C-436/20, ECLI:EU:C:2022:559 (*ASADE*).



**Raad van State**

ABRvS 12 september 2001, ECLI:NL:RVS:2001:AN6776 (*Catalpa*), AB 2001/335 m.nt. N. Verheij.

ABRvS 3 maart 2004, ECLI:NL:RVS:2004:AO4752, AB 2004/241 m.nt. G.A. van der Veen.

ABRvS 6 februari 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BC3610 (*Concessie leidingen winning steenzout*), JB 2008/70 m.nt. L.J.M. Timmermans.

ABRvS 8 oktober 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BF7188, AB 2009/223 m.nt. W. den Ouden.

ABRvS 10 juni 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BI7248, AB 2009/369 m.nt. M. Nijhuis en W. den Ouden.

ABRvS 9 september 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BJ7186, AB 2010/87 m.nt. W. den Ouden, BA 2009/239.

ABRvS 20 oktober 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BO1191 (*Coach4Kids*), AB 2011/232 m.nt. W. den Ouden.

ABRvS 7 november 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY2493, JB 2012, 282 m.nt. R.J.N. Schlössels.

ABRvS 12 juni 2013, ECLI:NL:RVS:2013:CA2887, AB 2013, 250 m.nt. J.A.F. Peters.

ABRvS 8 april 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1073, AB 2015/309 m.nt. W. den Ouden.

ABRvS 23 maart 2016, ECLI:NL:RVS:2016:755 (*HV Desk*), AB 2016/286 m.nt. A. Drahmman.

ABRvS 23 maart 2016, ECLI:NL:RVS:2016:803 (*ingebruikgevingsovereenkomst sportcomplex*), AB 2016/286 m.nt. A. Drahmman.

ABRvS 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2927 (*Speelautomatenhal Vlaardingen*), AB 2016/426 m.nt. C.J. Wolswinkel; BA 2016/295, *Module Aanbesteding 2016/575*, BR 2017/5 m.nt. C.A.H. van de Sanden, BR 2017/23 m.nt. E.W.J. de Groot & M. Vidal, *Gst. 2017/57* m.nt. van Redactie, JG 2016/64 m.nt. T. Barkhuysen & A. Span, JIN 2017/43 m.nt. L.J.M. Timmermans, JOM 2016/1137, JB 2017/1 m.nt. L.J.M. Timmermans.

ABRvS 18 januari 2017, ECLI:NL:RVS:2017:86, AB 2017/253 m.nt. S. Philipsen; *WVO Commentaar en Jurisprudentie 2017/564*; *Gst. 2017/85* m.nt. P.W.A. Huisman; JB 2017/41.

ABRvS 27 september 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2611, AB 2017/389 m.nt. C.J. Wolswinkel; JM 2017/136 m.nt. J.S. Haakmeester; JG 2018/4 m.nt. T. van Halsema; JB 2017/183 m.nt. L.J.M. Timmermans.

ABRvS 12 april 2017, ECLI:NL:RVS:2017:994, AB 2017/300, m.nt. J.C. Wolswinkel.

ABRvS 11 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2310, AB 2018/406, m.nt. J.E. van den Brink (1) en m.nt. A. Drahmman (2); *JGROND 2018/205* m.nt. F.M.A. van der Loo.

ABRvS 12 september 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2958, AB 2018/411 m.nt. C.J. Wolswinkel.

ABRvS 8 juli 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1597, *ABkort 2020/311*, BR 2020/76 m.nt. S. Elbertsen, S.G. ten Hertog, JB 2020/152, *Gst. 2020/138* m.nt. A. Drahmman.

**Hoge Raad**

HR 4 april 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF2830 (*RZG/ComforMed*).

HR 3 mei 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ2900 (*KLM/CCC*).

**CBB**

CBB 9 juli 2008, ECLI:NL:CBB:2008:BD8180 (*Hanseland*), AB 2008/340 m.nt. J.R. van Angeren.

CBB 24 februari 2005, ECLI:NL:CBB:2005:AT1735 (*ConneXXion*), AB 2005, 165 m.nt. JHvdV.

**CRvB**

CRvB 8 oktober 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:3241.

CRvB 6 februari 2019, ECLI:NL:CRVB:2019:676.

**Gerechtshof**

Gerechtshof Den Haag 17 maart 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:413 (*Albasserdam e.a./Ziut*).

Gerechtshof Den Haag 21 april 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:823.

Gerechtshof Den Haag 14 februari 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:260 m.nt. G. 't Hart, JAAN 2017/74.

Gerechtshof Den Haag 19 december 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:3549.

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 20 maart 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:2652.

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 17 april 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:3605.

Gerechtshof 's-Hertogenbosch 30 oktober 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:4534.

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 19 november 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:9917.

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 21 januari 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:437.

Gerechtshof Den Haag 7 juli 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:1120.

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 22 december 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:10729.

**Rechtbank**

Rb. Maastricht (vzr.) 21 januari 2004, ECLI:NL:RBMAA:2004:AO2165.

Rb. Haarlem (vzr.) 2 april 2009, ECLI:NL:RBHAA:2009:BH9534.

Rb. Overijssel (vzr.) 26 maart 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:1689.

Rb. Den Haag (vzr.) 3 september 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:10441.

Rb. Rotterdam (vzr.) 26 mei 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:3974.

Rb. Den Haag (vzr.) 5 oktober 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:11869.

Rb. Overijssel (vzr.) 7 december 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:4849.

Rb. Amsterdam 9 februari 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:755.

Rb. Gelderland (vzr.) 27 maart 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:2042.

Rb. Gelderland (vzr.) 26 september 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:5357.

Rb. Rotterdam (vzr.) 24 oktober 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:8489.

Rb. Zeeland-West-Brabant (vzr.) 13 november 2017, ECLI:NL:RBZWB:2017:7312.

Rb. Noord-Holland (vzr.) 3 november 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:9242.

Rb. Gelderland (vzr.) 15 december 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:6695.

Rb. Overijssel (vzr.) 22 maart 2018, ECLI:NL:RBOVE:2018:1244.

Rb. Limburg (vzr.) 2 juli 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:6210.

Rb. Amsterdam 17 oktober 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:7370.

Rb. Den Haag (vzr.) 11 december 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:14593.

Rb. Gelderland (vzr.) 11 april 2019, ECLI:NL:RBGEL:2019:2525.

Rb. Limburg (vzr.) 22 augustus 2019, ECLI:NL:RBLIM:2019:7719.

Rb. Den Haag (vzr.) 22 oktober 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:11096.

Rb. Limburg (vzr.) 9 januari 2020, ECLI:NL:RBLIM:2020:120.

Rb. Limburg (vzr.) 4 maart 2020, ECLI:NL:RBLIM:2021:1977.  
 Rb. Midden Nederland (vzr.) 16 oktober 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:5829.  
 Rb. Den Haag (vzr.) 18 november 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:11940.  
 Rb. Midden-Nederland (vzr.) 27 november 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:5180.  
 Rb. Gelderland (vzr.) 17 december 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:6810.  
 Rb. Noord-Nederland 27 januari 2021, ECLI:NL:RBNNE:2021:190.  
 Rb. Amsterdam (vzr.) 16 april 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:2005.  
 Rb. Den Haag (vzr.) 1 juli 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:6730.

**Commissie van Aanbestedingsexperts (CvAE)**

CvAE 4 maart 2016, Advies 226.  
 CvAE 3 augustus 2016, Advies 349 en 350.  
 CvAE 15 december 2017, Advies 441.  
 CvAE 6 juni 2019, Advies 529.  
 CvAE 29 november 2019, Advies 507.  
 CvAE 17 april 2020, Advies 534.  
 CvAE 4 januari 2021, Advies 601.

**Conclusies A-G/P-G**

*Europees:*

Conclusie A-G Léger van 16 september 1997, C-44/96, ECLI:EU:C:1998:4 (*Mannesmann*).  
 Conclusie A-G Cosmas van 1 juli 1999, C-107/98, ECLI:EU:C:1999:344 (*Teckal*).  
 Conclusie A-G Léger van 15 juni 2000, C-94/99, ECLI:EU:C:2000:330 (*ARGE*).  
 Conclusie A-G Jacobs van 22 mei 2003, C-264/01, ECLI:EU:C:2003:30 (*AOK Bundesverband*).  
 Conclusie A-G Mengozzi van 17 november 2009, ECLI:EU:C:2009:710 (*Helmut Müller*).  
 Conclusie A-G J. Mazák van 9 september 2010, C-274/09, ECLI:EU:C:2010:509 (*Stadler/Passau*).  
 Conclusie A-G P. Cruz Villalón van 7 juli 2011, C-348/10, ECLI:EU:C:2011:468 (*Norma-A SIA*).  
 Conclusie A-G Trstenjak van 23 mei 2012, ECLI:EU:C:2012:303 (*ASL Lecce*).  
 Conclusie van A-G Wahl van 5 september 2013, in gevoegde zaken C-159/12-C-161/12, ECLI:EU:C:2013:529 (*Venturini*).  
 Conclusie A-G P. Mengozzi van 27 februari 2014, C-574/12, ECLI:EU:C:2014:120 (*SUCH*).  
 Conclusie A-G N. Wahl van 30 april 2014, C-113/13, ECLI:EU:C:2014:291 (*Spezzino*).  
 Conclusie van A-G Wahl van 12 maart 2015, C-497/12, ECLI:EU:C:2015:168 (*Gulotta*).  
 Conclusie van A-G Szpunar van 16 juli 2015, gevoegde zaken C-340/14 en C-341/14, ECLI:EU:C:2015:505 (*Trijber*).  
 Conclusie A-G M. Szpunar van 25 februari 2016 bij gevoegde zaken C-458/14 en C-67/15, ECLI:EU:C:2016:122 (*Promoimpresa*).  
 Conclusie A-G Campos Sánchez-Bordona van 13 december 2017, ECLI:EU:C:2017:962 (*Tirkkonen*).

Conclusie A-G Campos Sánchez-Bordona van 29 januari 2020, bij C-796/18, ECLI:EU:C:2020:47 (*Stadt Köln*).

Conclusie A-G L. Medina van 3 februari 2022, bij C-436/20, ECLI:EU:C:2022:77 (*AS-ADE*).

*Nationaal:*

Conclusie van A-G R.J.G.M. Widdershoven van 25 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1421.

Conclusie van A-G Hartlief van 26 januari 2018, ECLI:NL:PHR:2018:83 (*JCDecaux Nederland B.V./Stichting Eindhoven Marketing*).

Conclusie P-G B.J. Drijber van 18 december 2020, ECLI:NL:PHR:2020:1199 (*NS Stations/JCDecaux Nederland en Exterion Media*).

Conclusie A-G Widdershoven en A-G Wattel van 7 juli 2021 over de evenredigheids-toets door de bestuursrechter in verband met de zaken met zaaknummers: 202000475/1; 202002668/1; 202006932/1.

# Dankwoord

Dit proefschrift is mede tot stand gekomen dankzij de inspiratie, begeleiding en support van een aantal personen, die ik graag wil bedanken.

Allereerst gaat mijn dank uit naar mijn promotoren Elisabetta Manunza en Rob Widdershoven. Ik voelde mij bevoorrecht tijdens dit promotietraject te worden begeleid door twee expertwetenschappers respectievelijk op het gebied van het (EU- en nationaal) aanbestedingsrecht en bestuursrecht. Dank voor jullie inspiratie en begeleiding gedurende het traject. Elisabetta, jij maakte me enthousiast voor het aanbestedingsrecht – een divers en veelzijdig vakgebied waarmee mooie dingen voor de samenleving kunnen worden bereikt – en inspireerde mij daardoor om dit proefschrift te schrijven. Dankzij jou leerde ik elk vraagstuk breder en in zijn vele verschijningsvormen te bezien. Daarnaast bood je me de kans om me op dit rechtsterrein te specialiseren. Rob, jouw kennis van het Europees en nationaal bestuursrecht was van groot belang om dit proefschrift te kunnen schrijven. Dankzij jou ging ik de aspecten van dit proefschrift breder zien dan door mijn aanbestedingsrechtelijke bril. Helaas moesten de besprekingen de afgelopen periode vooral online plaatsvinden, want op een Utrechts terras bespreekt het toch een stuk aangenamer.

Aansluitend wil ik ook graag mijn beoordelingscommissie, bestaande uit de hoogleraren Steven van Garsse, Frank van Ommeren, Frans Pennings, Fredo Schotanus en Linda Senden, bedanken voor hun tijd en inspanningen om dit proefschrift te lezen en te beoordelen. Dank voor jullie waardevolle opmerkingen in het laatste stadium van het promotietraject.

Mijn (oud-)collega's bij de afdeling Internationaal en Europees Recht van de Universiteit Utrecht bedank ik voor de prettige en leerzame werkomgeving. Ik heb de afgelopen jaren met veel plezier met jullie gewerkt en kon altijd bij jullie terecht voor (breder) vragen over het Europees recht dan wel over praktische zaken. Ik kijk dankzij jullie terug op een hele fijne tijd bij de Universiteit Utrecht.

In het bijzonder wil ik mijn collega's bij het *Utrecht University Centre for Public Procurement* (UUCePP) en voorheen het *Public Procurement Research Centre* (PPRC) bedanken. Juristen-team Willem, Nathan, Tom, Bram, bedankt voor jullie bijdrage aan de totstandkoming van dit boek: het lezen van stukken, het meedenken met mijn onderzoek en het sparren (of de discussies) bij de fysieke dan wel het online koffieautomaat. Interdisciplinaire (oud-)collega's: Fredo, Jan, Niels, Madelon, Wouter, Ruben, dankzij jullie heb ik veel geleerd over doelmatig aanbesteden en de inkoop-technische en praktische kant van het aanbestedingsproces. Niels en Madelon, bedankt dat ik bij jullie altijd terecht kon voor al mijn praktische vragen over de ins and outs van het sociaal domein. Collega's bij RWS, ook jullie wil ik bedanken voor

---

jullie warme support en belangstelling tijdens de laatste loodjes van het afronden van het proefschrift.

Paranimfen Willem en Nathan, speciale dank komt aan jullie toe. We deelden een gezellige kamer met een (bijna) altijd goedgevulde snoeppot. De goede sfeer en jullie waardevolle input hebben een grote bijdrage geleverd aan de uiteindelijke totstandkoming van dit boek en aan een tijd waar ik met veel plezier op terugkijk. Dank voor al jullie tijd, inspiratie en het meedenken en meelesen bij de hoofdstukken.

Gedurende het promotietraject heb ik me bovendien zeer gesteund gevoeld door veel lieve vrienden, die ik hier niet allemaal bij name kan noemen. Een aantal mogen echter niet ontbreken. Willianne, als (oud-)huis- en 'lot'-genoot en mede dankzij je humor, enthousiasme en (praktische) input, was jij een van mijn grootste supporters bij het schrijven van dit boek, veel dank voor alles. Dank ook aan Ruth, Janine, Marleen, Dorothea, Henrieke, Aukje en Mariëtte voor jullie oprechte belangstelling tijdens het schrijven van dit boek en vooral ook voor jullie vriendschap en gezelligheid. Dank komt ook toe aan Dorieke, Joost, Mieke en Geraline voor jullie interesse rondom alle ins en outs van dit traject. Ten slotte wil ik de vrienden van de skivakanties (met name organisatoren Anneleen & Jacco) bedanken voor de beste afleiding (inclusief goede gesprekken) die er bestaat.

Last but not least, wil ik ook mijn familie bedanken. Ik voel me bevoorrecht met zo'n betrokken, gezellige familie en jullie support gedurende het schrijven van dit proefschrift heb ik erg gewaardeerd. Familie De Jong, ik ben blij dat ik inmiddels ook deel van deze familie uitmaak. Dank voor jullie gastvrijheid en betrokkenheid tijdens de eindfase van het proefschrift.

Broers, zussen en zwagers, veel dank aan jullie voor jullie gezelligheid en nuchterheid: het is altijd weer een feestje om bij elkaar te zijn. Eline & Francien, ook bijzondere dank voor jullie praktische input vanuit jullie studie/werkveld in de zorg. Veel dank komt daarnaast toe aan mijn lieve ouders. Jullie optimisme en positiviteit bleken tijdens dit traject van onschatbare waarde. Ik wil jullie bedanken dat jullie altijd voor mij klaar staan.

Wim, jou in het bijzonder wil ik bedanken. Jouw enthousiasme, liefde en geduld zijn voor mij van grote waarde geweest tijdens dit traject. Ik heb genoten van onze inhoudelijke discussies: je bent de meest creatieve denker die ik ken. Dank dat je je leven met mij wilt delen en zoveel geluk in mijn leven brengt.

## Curriculum vitae

Gerrieke de Jong-Bouwman werd geboren op 30 augustus 1990 in Utrecht en studeerde vanaf 2008 rechten aan de Universiteit Utrecht. Tijdens haar master privaatrecht (2012) specialiseerde zij zich in het bouwrecht, door het volgen van een halfjarige masterclass bouwrecht aan de Universiteit Utrecht. In die periode raakte zij geïnteresseerd in het aanbestedingsrecht en schreef zij een scriptie over de mogelijkheden voor het screenen van ondernemingen in het aanbestedingsrecht vanwege het schenden van mensenrechten. Deze scriptie werd in 2015 beloond met een scriptieprijs van het Instituut voor Bouwrecht.

Na haar afstuderen werkte Gerrieke vanaf 2014 als juridisch onderzoeker aanbestedingsrecht aan de Universiteit Utrecht. In die functie nam zij deel aan diverse onderzoeksprojecten binnen het interdisciplinaire onderzoekscentrum *Public Procurement Research Centre* (PPRC) en zijn opvolger het *Utrecht University Centre for Public Procurement* (UUCePP). In 2016 startte zij haar promotieonderzoek binnen dit onderzoekscentrum van de UU. Gedurende haar werkzaamheden bij de Universiteit Utrecht doceerde zij tevens aanbestedingsrecht aan studenten, was ze betrokken bij de opleiding 'Aanbestedingsrecht voor de Inkooppraktijk' van de Universiteit Utrecht en presenteerde zij op diverse bijeenkomsten en congressen. Ook was zij van 2016-2020 als co-auteur betrokken bij de uitgave *Tekst & Commentaar Aanbestedingsrecht*. Daarnaast publiceert zij met regelmaat over diverse onderwerpen gerelateerd aan het aanbestedingsrecht, met als focusgebieden: scheidslijnen tussen instrumenten, aanbesteden van sociale diensten, maatschappelijk (verantwoord) aanbesteden, de (proportionaliteit van) contractvoorwaarden bij overheidsopdrachten en het screenen van ondernemingen in het aanbestedingsrecht.

Vanaf 2021 is Gerrieke als senior jurist aanbestedings- en contractenrecht werkzaam bij Rijkswaterstaat. Tevens is zij gastonderzoeker bij het onderzoekscentrum UUCePP van de Universiteit Utrecht. Voor een uitgebreider curriculum vitae en een overzicht van haar (kern)publicaties wordt verwezen naar: <https://nl.linkedin.com/in/gerrieke-bouwman-5a593868>.

