

Inbesteden en publiek-publieke samenwerking: verschillende invalshoeken op grond van het Nederlandse recht

Kris Wauters

Advocaat Janson-Baugniet, professor UCL

Nikee Groot

Advocaat, AKD advocaten, notarissen, belastingadviseurs

I. Inleiding

Overheden, besturen behartigen taken van algemeen belang. Teneinde deze taken te behartigen hebben deze overheden middelen nodig. Oorspronkelijk konden overheden nog veel zelf in deze middelen voorzien. Daarbij maakten zij gebruik van hun eigen personeel, van de eigen diensten. Overheden maakten gebruik van inbesteding of, anders gezegd, ze voorzagen deze middelen in regie.

De overheidstaken deinden echter verder en verder uit, waarbij de financiële armslag van de overheden, gezien de financieel-economische toestand, niet meer altijd voldeed. Bovendien ontbrak het overheden meer en meer aan knowhow om bepaalde middelen te creëren. Omwille van deze problematiek gingen overheden op zoek naar samenwerking. Die samenwerking zoeken zij op twee terreinen: de publieke sector en de private sector (uitbesteding). Deze keuze om taken al dan niet te externaliseren behoort principieel tot de vrijheid van een overheid om haar taken van algemeen belang te organiseren en te behartigen.

Inbesteding en aanbesteding vormen de twee wijzen waarop een overheid haar taken van algemeen belang organiseert en beheert. Zij vormen ook het voorwerp van huidige bijdrage. Inzake aanbesteding gaat huidige bijdrage enkel dieper in op de publiek-publieke samenwerking. Deze vorm van samenwerking is één van de wijzen voor een overheid om bepaalde middelen te verkrijgen ter behartiging van de taken van algemeen belang.¹ Deze samenwerking kan plaatsvinden op twee manieren: ofwel doet de overheid een beroep op een andere overheid waarvan zij zelf deel uitmaakt (verticale of institutionele sa-

menwerking), ofwel vindt de samenwerking plaats tussen twee overheden die onafhankelijk zijn ten aanzien van elkaar (horizontale of contractuele samenwerking). Verticale samenwerking is wat soms ook wordt benoemd als quasi-inbesteding. In beide soorten samenwerkingsvormen kan de overheid waarom een beroep doet, ofwel bestaan uit uitsluitend publiek-rechtelijke rechtspersonen, ofwel maken ook private ondernemingen deel uit van deze overheid.

ARROWSMITH bevestigde recent nog dat er meer en meer aandacht wordt besteed aan samenwerking tussen overheden om openbare diensten te vervullen.² Overheden gaan samenwerken om een bepaalde dienst tegen een lagere prijs te kunnen ontvangen of om een meer efficiënte dienst te verkrijgen.³ Het oogmerk zou moeten zijn om een efficiëntere behartiging te verkrijgen van de taken van algemeen belang.

Publiek-publieke samenwerking werd heel lang in de meeste lidstaten beheerst door het bestuursrecht. Men aanzag het eerder als een manier voor een overheid om haar taken van algemeen belang te behartigen. Dienaangaande oordeelde men traditioneel dat een dergelijke samenwerking behoorde tot de beleidskeuze van de overheid, zodat een dergelijke samenwerking niet onderworpen was aan enige rechtsregel.

Eens deze keuze voor een samenwerking gemaakt is, blijkt echter uit de rechtspraak van het Hof van Justitie op grond van de richtlijnen toepasselijk inzake overheidsopdrachten dat de

¹ D. CASALINI, "Beyond EU Law: the New 'Public House'" in G.S. OLYKKE, C.R. HANSEN en C.D. TVARNO, *EU Public procurement – Modernisation, Growth and Innovation*, Copenhagen, Djøf, 2011, 153.

² S. ARROWSMITH, *The law of public and utilities procurement*, Vol. I, London, Sweet & Maxwell, 2014, 97.

³ Er zijn economische studies verricht die het voordeel van publiek-publieke samenwerking trachten aan te tonen: E. DI PORTO, "Cooperation among local governments to deliver public services: Evidence from France", www.ieb.ub.edu/files/Di%20Porto.pdf; G. BEL en M.E. WARNER, "Factors Explaining Inter-municipal Cooperation in Service Delivery: A Meta-Regression Analysis", www.union.wisc.edu/pmr2013/Paper%20Submissions/Renamed/Factors%20Explaining%20Intermunicipal%20Contracting%20A%20Meta%20Analysis.pdf.



overheid niet altijd om het even wie kan uitpikken om mee samen te werken. Voor het laten uitvoeren van werken, leveringen en diensten door een privépersoon is een aanbestedende overheid verplicht om bepaalde (soms stringente) procedures toe te passen die de gelijke behandeling van geïnteresseerden vrijwaren. Hoewel men bijvoorbeeld in Frankrijk lange tijd vergelijkbare plichten uitsloot wanneer een overheid een beroep deed op een andere overheid hiervoor, sloot het Hof van Justitie de toepasselijkheid van de wetgeving overheidsopdrachten op overeenkomsten tussen overheden niet uit.⁴ Meer nog, een wetgeving die de toepasselijkheid van de reglementering overheidsopdrachten uitsluit voor dergelijke samenwerking, is niet richtlijnconform.⁵ De toepassing van het EU-recht maakt bijgevolg dat de keuze voor een publiek-publieke samenwerking niet meer in alle omstandigheden een totale vrijheid voor een overheid impliceert.

Het Hof van Justitie heeft sinds 1999 een hele rechtspraak ontwikkeld waarbij het uitspraken doet over de toepasselijkheid van het EU-recht zowel inzake inbesteding als inzake publiek-publieke samenwerking (horizontaal en verticaal).⁶ Als gevolg van deze sterk evoluerende rechtspraak heeft de Europese regelgever het, vanuit een zorg om rechtszekerheid, nodig geoordeeld om deze rechtspraak te codificeren. Als gevolg hiervan bevatten de richtlijnen van 2014⁷ elk bepalingen die betrekking hebben op de publiek-publieke samenwerking. Het was aan elk van de lidstaten om deze bepalingen vóór 18 april 2016 om te zetten. Nederland was later en heeft de Richtlijnen per 1 juli 2016 omgezet in haar Aanbestedingswet 2012. In België heeft het Parlement de nieuwe wet tot omzetting van de richtlijnen overheidsopdrachten goedgekeurd op 12 mei 2016. Uiteindelijk werd de wet van 17 juni 2016 'inzake overheidsopdrachten' bekendgemaakt in het *Belgisch Staatsblad* op 14 juli 2016.⁸ De wet trad echter nog niet in werking, daar nog een aantal koninklijke besluiten noodzakelijk zijn om de volledige omzetting klaar te hebben.

Huidige bijdrage heeft twee doelstellingen. In de eerste plaats gaat zij na op welke wijze het nieuwe Nederlandse aanbestedingsrecht rekening houdt met de huidige stand van het EU-recht inzake inbesteding en publiek-publieke samenwerking. Hierbij duidt de bijdrage ook de nieuwe bepalingen ter zake in de Aanbestedingswet 2012. In de tweede plaats gaat de bijdrage dieper in op een mogelijke keuze die de Nederlandse wetgever heeft om inbesteding ook op één of andere manier aan mededingingsregels te onderwerpen via de Wet Markt en

Overheid. Uit de beleidsreactie van de minister van Economische Zaken lijkt echter te volgen dat dit nog niet snel aan de orde zal zijn.

II. Nieuw aanbestedingsrecht

Ingevolge de noodzaak om de nieuwe richtlijnen inzake de gunning van overheidsopdrachten te implementeren heeft de Nederlandse wetgever ervoor gekozen om de actuele Aanbestedingswet 2012 aan te passen. In dat kader bevatten de aanpassingen eveneens bepalingen die betrekking hebben op de publiek-publieke samenwerking. Deze aanpassingen gaan echter niet in op de problematiek van de inbesteding.

Aangezien huidige bijdrage zowel gaat over inbesteding als over publiek-publieke samenwerking, beschrijft zij de stand van het recht zoals die in Nederland normaal zal gelden en onafgezien van een mogelijke wijziging van de Wet Markt en Overheid, voor beide problematieken.

A. Inbesteding

Geen enkele wettekst bevat een definitie van wat men moet verstaan onder inbesteding. Uitgangspunt in het kader van huidig onderwerp lijkt ons een overweging uit het arrest *Stadt Halle*. Inbesteding is het vervullen door een overheid van haar taken van algemeen belang met haar eigen administratieve, technische en andere middelen, zonder dat zij een beroep hoeft te doen op externe lichamen die niet tot haar diensten behoren.⁹ Omgekeerd, zodra een overheid een beroep doet op een persoon die rechtens¹⁰ of formeel¹¹ van haar is onderscheiden, is er geen sprake meer van inbesteding. Personen zijn van elkaar onderscheiden als zij elk zelfstandige beslissingen kunnen nemen.¹² De ene persoon behoort in dat geval niet tot de dienst van de andere persoon (geen externe lichamen van elkaar).¹³

In de eerste plaats bevestigt artikel 2 van Richtlijn 2014/23/EU het beginsel van de bestuurlijke vrijheid van nationale, regionale en lokale autoriteiten. Dit beginsel heeft voor gevolg dat overheden vrij beslissen hoe zij de uitvoering van werken of het verrichten van diensten het best beheren teneinde in het bijzonder een bijzonder hoog niveau van kwaliteit, veiligheid en betaalbaarheid, gelijke behandeling en bevordering van universele toegang en van gebruikersrechten in openbare diensten zeker te stellen. Deze overheden kunnen kiezen of zij hun taken van openbaar belang uitvoeren hetzij met hun eigen

⁴ HvJ 18 november 1999, nr. C-107/98, ECLI:EU:C:1999:344, *Teckal Srl/Comune di Viano*.

⁵ HvJ 13 januari 2005, nr. C-84/03, ECLI:EU:C:2005:14, *Commissie/Spanje*, overw. 39.

⁶ Zie hierover uitgebreider K. WAUTERS, *Cooperation between public authorities*, Antwerpen, Intersentia, 2015.

⁷ Richtlijn 2014/25/EU van het Europees Parlement en de Raad, 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten en houdende intrekking van richtlijn 2004/17/EG; Richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad, 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van richtlijn 2004/18/EG.

⁸ BS 14 juli 2016, 44.219.

⁹ HvJ 11 januari 2005, nr. C-26/03, ECLI:EU:C:2005:5, *Stadt Halle en RPL Recyclingpark Lochau GmbH./Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna*, overw. 48.

¹⁰ HvJ 18 november 1999, nr. C-107/98, ECLI:EU:C:1999:344, *Teckal Srl/Comune di Viano*, overw. 50.

¹¹ *Ibid.*, overw. 51.

¹² *Ibid.*, overw. 51.

¹³ Vgl. HvJ 13 oktober 2005, nr. C-458/03, ECLI:EU:C:2005:605, *Parking Brixen GmbH/Gemeinde Brixen and Stadtwerke Brixen AG*, overw. 61.



middelen, hetzij in samenwerking met andere autoriteiten, of deze aan de privésector opdragen. Het EU-recht bepaalt deze keuze niet. In overweging 31 bevestigt Richtlijn 2014/24/EU eveneens de vrijheid van overheidsdiensten om hun taken van algemeen belang te vervullen met gebruikmaking van hun eigen middelen.

Men kan deze overwegingen zien als een toepassing van artikel 345 VWEU.¹⁴ Deze bepaling houdt het neutraliteitsbeginsel in. Op grond van dit beginsel komt het bijvoorbeeld aan de nationale overheden toe om te kiezen voor een privatisering of niet.¹⁵ Aldus kiezen nationale overheden er ook voor of zij hun taken van algemeen belang zelf behartigen dan wel uitbesteden aan anderen.

Aangezien de nieuwe richtlijnen overheidsopdrachten zelf geen specifieke bepaling bevatten inzake inbesteding, kan men ervan uitgaan dat dienaangaande de rechtspraak van het Hof van Justitie staande blijft. Onzes inziens houdt deze rechtspraak twee belangrijke leerstellingen inzake inbesteding in. In de eerste plaats kan een overheid vrij kiezen tussen het beroep doen op haar eigen diensten of de uitbesteding van een opdracht. Het EU-recht heeft geen invloed op deze keuze. In de tweede plaats, in de hypothese dat een overheid kiest voor de inbesteding, dient zij in dat kader geen inmededingingstelling te organiseren. Of anders gezegd, het EU-recht is ook hierop niet van toepassing.

Op grond van de rechtspraak van het Hof van Justitie behoort het bijgevolg tot de soevereine bevoegdheid van elke lidstaat om te bepalen of de keuze tussen inbesteding en samenwerking onderworpen is aan bepaalde rechtsregels en of bij de keuze voor de inbesteding, de aanbestedende overheid eerst een mededingingsprocedure moet organiseren.

In de zaak *Stadt Halle*¹⁶ heeft het Hof van Justitie voor de eerste maal een uitspraak gedaan over de toepasselijkheid van het EU-recht op een zuivere inbestedingssituatie. Het Hof oordeelt als volgt: “Een overheidsorgaan, dat een aanbestedende dienst is, kan zijn taken van algemeen belang vervullen met zijn eigen administratieve, technische en andere middelen, zonder dat hij een beroep hoeft te doen op externe lichamen die niet tot zijn diensten behoren. In dat geval kan er geen sprake zijn van een overeenkomst onder bezwarende titel met een lichaam dat juridisch van de aanbestedende dienst onderscheiden is. De Unieregels inzake overheidsopdrachten behoeven dan ook niet te worden toegepast”.¹⁷ Het Hof bevestigde dit onder meer in *Commissie tegen Duitsland*.¹⁸ In deze zaak rechtvaardigt het Hof de niet-toepassing van het EU-recht op

grond van de overweging dat noch het vrij verkeer van diensten in dergelijke situatie wordt belemmerd, noch de vrije mededinging in gevaar gebracht wordt.¹⁹

In Engeland waren bepaalde overheden vooral in de jaren 80 van de vorige eeuw verplicht om het beheer van hun taken van algemeen belang in mededinging te stellen. Dit is wat men toen noemde ‘*compulsory competitive tendering*’.²⁰ Conform het EU-recht behoort een dergelijke keuze inderdaad tot de soevereiniteit van elke lidstaat.

In de wijzigingen op de Aanbestedingswet 2012 is er geen specifieke bepaling voorzien die betrekking heeft op de inbesteding *stricto sensu*. Tot nader order gaat men er in Nederland ook van uit dat een overheid, wanneer zij een beroep doet op haar eigen diensten, geen mededingingsprocedure moet organiseren. Verder in deze bijdrage zullen de auteurs echter duidelijk maken dat er op dat vlak eventueel een evolutie zou kunnen plaatsvinden, doch niet in het raam van de Aanbestedingswet maar in het kader van de Wet Markt en Overheid. Deze wijziging blijft echter tot op heden zeer hypothetisch.

B. Publiek-publieke samenwerking

Uit de Memorie van toelichting bij de wijziging van de Aanbestedingswet 2012 in verband met de implementatie van de aanbestedingsrichtlijnen blijkt dat men de nieuwe bepalingen zoveel mogelijk in lijn met de doelstellingen van de Aanbestedingswet 2012 wenst in te vullen. De Aanbestedingswet is enkel toepasselijk op aanbestedingen boven de Europese drempels. Dit heeft voor gevolg dat aangezien de nieuwe Europese richtlijnen evidentierwijze enkel toepasselijk zijn op deze laatste opdrachten, de rechtspraak van het Hof van Justitie voor opdrachten onder de drempels, die een duidelijk grensoverschrijdend belang vertonen²¹, nog relevant zal zijn.

1. Onder de drempels

In zijn rechtspraak heeft het Hof van Justitie criteria ontwikkeld waardoor bepaalde samenwerkingsverbanden tussen overheden, zelfs indien zij kunnen worden gekwalificeerd als een overheidsopdracht of een concessie van diensten, toch buiten het toepassingsgebied van het EU-recht vallen. Daarbij wordt een onderscheid gemaakt tussen de verticale of institutionele samenwerking en de horizontale of contractuele samenwerking. Het Hof van Justitie maakte immers duidelijk dat beide soorten samenwerkingsvormen voorwerp zijn van een verschillende rechtspraak.²² Dit houdt in dat op beide samenwerkingsverbanden andere criteria toepasselijk zijn om ze eventueel buiten het toepassingsgebied van het EU-recht te

¹⁴ C. BOUTAYEB, “Une recherche générale sur la place et les fonctions de l'intérêt général and droit communautaire”, *RTDE* 2003, 593; A.L. DURVIAUX en N. THIRION, “Les modes de gestion des services publics locaux, la réglementation relative aux marchés publics et le droit communautaire”, *JT* 2004, 26.

¹⁵ *Ibid.*, 863.

¹⁶ HvJ 11 januari 2005, nr. C-26/03, ECLI:EU:C:2005:5, *Stadt Halle en RPL Recyclingpark Lochau GmbH./Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna*.

¹⁷ At [48].

¹⁸ HvJ 9 juni 2009, nr. C-480/06, ECLI:EU:C:2009:357, *Commissie/Duitsland*.

¹⁹ Overw. 45 en 47.

²⁰ Zie hierover K. WAUTERS, *Cooperation between public authorities*, Antwerpen, Intersentia, 2015.

²¹ HvJ 13 november 2007, nr. C-507/03, ECLI:EU:C:2007:676, *Commissie/Ierland (An Post)*, overw. 27-34.

²² HvJ 19 december 2012, nr. C-159/11, ECLI:EU:C:2012:817, *Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce, Università del Salento*, overw. 31 tot 34; HvJ 13 juni 2013, nr. C-386/11, *Piepenbrock Dienstleistungen & Co. KG*, overw. 33.



houden. Deze verschillende rechtspraak wordt nu verder toegevoegd. Zoals aangehaald, blijft deze rechtspraak in Nederland relevant voor de opdrachten onder de drempels.

a) Verticale samenwerking

Hoger werd uiteengezet dat het EU-recht niet van toepassing is wanneer een overheid haar openbare dienst beheert met haar eigen diensten. Volgens het Hof van Justitie zitten we in een vergelijkbare, 'interne' situatie wanneer de ene overheid op de andere overheid controle uitoefent zoals op haar eigen diensten (controlecriterium) en die andere overheid het merendeel van haar activiteiten uitoefent voor de ene overheid (activiteitscriterium).²³ Eigenlijk kan men ervan uitgaan dat een overheid in die omstandigheden een beroep doet op haar eigen middelen.²⁴ De banden tussen de beide overheden zijn zo nauw dat er van een overeenkomst geen sprake kan zijn. Om die reden spreekt men in dat kader soms van 'quasi in house' of quasi-inbesteding.

Het eerste criterium, controle uitoefenen zoals op haar eigen diensten, is niet vervuld wanneer een particuliere onderneming privékapitaal heeft ingebracht in de afzonderlijke rechtspersoon waarop de aanbestedende overheid een beroep doet.²⁵ Dit is zelfs zo wanneer bij de sluiting van de overeenkomst duidelijk is dat privékapitaal zal worden geïnjecteerd in de loop van de uitvoering van de overeenkomst.²⁶ Het is echter enkel in bijzondere omstandigheden dat rekening gehouden wordt met feiten na de sluiting van de overeenkomst, omdat men in beginsel het controlecriterium moet beoordelen rekening houdende met de feiten aanwezig bij de sluiting van de overeenkomst. In aanwezigheid van een privépersoon spelen ook privébelangen, zodat de aanbestedende overheid niet op volledig onafhankelijke wijze haar taken van algemeen belang kan vervullen.²⁷ De aanwezigheid van een privé-onderneming kan deze laatste bevoordelingen ten opzichte van de concurrentie. Via dergelijke samenwerking begeeft de overheid zich een stuk op de markt.

Ingeval de afzonderlijke rechtspersoon alleen uit aanbestedende overheden bestaat, moet een rechter bij de beoordeling van het eerste criterium rekening houden met alle relevante wetbepalingen en omstandigheden. Hieruit moet dan volgen dat de aanbestedende overheid een doorslaggevende invloed heeft zowel op de strategische doelstellingen als op de belangrijke beslissingen opdat het eerste criterium vervuld

zou zijn.²⁸ In *Econord*²⁹ heeft het Hof van Justitie verder geconcretiseerd welke de kwaliteiten van deze controle moeten zijn: het door de aanbestedende dienst uitgeoefende toezicht moet werkzaam, structureel en functioneel zijn.³⁰ Volgens *Econord* moet het toezicht bovendien effectief zijn. Het is aan de overheid om aan te tonen dat dit het geval is.

Belangrijk is wel dat als de overheid waarop een beroep wordt gedaan door een andere overheid, bestaat uit verschillende overheden die 'aandeelhouder' of 'lid' zijn, het volstaat dat het geheel van de leden aantoonbaar dat zij een controle heeft zoals op haar eigen diensten.³¹ Deze bevestiging door het Hof in het arrest *Coditel* was fundamenteel. Immers, aldus werd het duidelijk dat als overheden samen een rechtspersoon oprichten of lid worden van een dergelijke rechtspersoon, zij voor deze overeenkomst niet noodzakelijkerwijs steeds de wetgeving overheidsopdrachten of het beginsel van de gelijke behandeling moeten toepassen. In België werden aldus de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden voor een groot deel gevrijwaard, mits men natuurlijk bij de opstelling van de statuten of bij de toetreding erop toeziet te voldoen aan de voorwaarden uiteengezet in het arrest-*Coditel*.

In het raam van het tweede criterium moet de aanbestedende overheid aantonen dat de afzonderlijke rechtspersoon het merendeel van zijn activiteiten uitoefent voor de aanbestedende overheid. Deze vereiste brengt de handelingsvrijheid en de mogelijke concurrentiepositie van de afzonderlijke rechtspersoon tot uitdrukking.³² 'Merendeel' houdt in hoofdzakelijk, waarbij elke andere activiteit marginaal is. Bij de beoordeling van het criterium spelen zowel kwalitatieve als kwantitatieve omstandigheden. Belangrijk is wel dat de afzonderlijke rechtspersoon de activiteiten kan verrichten voor alle aanbestedende overheden die hem beheersen³³ en dit hoeft dus niet enkel vervuld te zijn voor de overheid die de specifieke opdracht vroeg.

b) Horizontale samenwerking

In *Commissie tegen Duitsland*³⁴ maakt het Hof van Justitie duidelijk dat ook horizontale samenwerkingsverbanden tus-

²³ HvJ 18 november 1999, nr. C-107/98, ECLI:EU:C:1999:562, *Teckal Srl tegen Comune di Viano en Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia*, overw. 50.

²⁴ HvJ 8 mei 2014, nr. C-15/13, ECLI:EU:C:2014:303, *Technische Universität Hamburg-Harburg, Hochschul-Informationssystem GmbH/Datenlotsen Informationssysteme GmbH*, overw. 25.

²⁵ HvJ 11 januari 2005, nr. C-26/3, ECLI:EU:C:2005:5, *Stadt Halle en RPL Recyclingpark Lochau GmbH/Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna*, overw. 49; HvJ 13 november 2008, nr. C-324/07, ECLI:EU:C:2008:621, *Coditel Brabant SA/Commune d'Uccle en Région de Bruxelles-Capitale*, overw. 30.

²⁶ HvJ 10 november 2005, nr. C-29/04, ECLI:EU:C:2005:670, *Commissie/Oostenrijk*, overw. 40.

²⁷ Concl. J. KOKOTT onder HvJ 13 november 2005, nr. C-458/03, *Parking Brixen*, overw. 53.

²⁸ HvJ 13 oktober 2005, nr. C-458/03, ECLI:EU:C:2005:605, *Parking Brixen GmbH/Gemeinde Brixen and Stadtwerke Brixen AG.*, overw. 65.

²⁹ HvJ 29 november 2012, samengevoegde zaken nr. C-182/11 en C-183/11, ECLI:EU:C:2012:758, *Econord SpA/Comuni di Cagno, Comune di Varese, Comune di Solbiate*, overw. 27.

³⁰ Punten 28-31; HvJ 8 mei 2014, nr. C-15/13, ECLI:EU:C:2014:303, *Technische Universität Hamburg-Harburg, Hochschul-Informationssystem GmbH/Datenlotsen Informationssysteme GmbH*, overw. 26.

³¹ HvJ 13 november 2008, nr. C-324/07, ECLI:EU:C:2008:621, *Coditel Brabant SA/Commune d'Uccle en Région de Bruxelles-Capitale*, overw. 50.

³² HvJ 11 mei 2006, nr. C-340/04, ECLI:EU:C:2006:308, *Carbotermo SpA Consorzio Alisei/Comune di Busto Arsizio AGESP SpA*, overw. 60-61.

³³ *Ibid.*, overw. 69.

³⁴ HvJ 9 juni 2009, nr. C-480/06, ECLI:EU:C:2009:102, *Commissie/Duitsland*.



sen overheden buiten het toepassingsgebied van het EU-recht kunnen vallen. In dat arrest had het Hof echter nog niet echt criteria ontwikkeld die dan zouden bepalen of het EU-recht inderdaad van toepassing is. Uit het gevelde arrest volgt dat de vorm van de overeenkomst niet belangrijk is om te bepalen of het samenwerkingsverband al dan niet onder het toepassingsgebied van het EU-recht valt.³⁵

Het Hof legde inzake horizontale samenwerking wel criteria vast in de zaak *Ordine degli Ingegneri*.³⁶ Het Hof bevestigt in deze zaak dat een overeenkomst niet noodzakelijkerwijze moet voldoen aan de *Teckal*-criteria om buiten het toepassingsgebied van het EU-recht te vallen.³⁷

Uit *Ordine degli Ingegneri* lijkt te volgen dat een overeenkomst buiten het toepassingsveld van de richtlijnen overheidsopdrachten en dus ook het EU-recht valt als het een samenwerking tussen openbare lichamen tot stand brengt die ertoe strekt de uitvoering te verzekeren van een taak van algemeen belang die op hen gezamenlijk rust.³⁸ Dit is ook het eerste criterium waaraan een horizontale samenwerking dient te voldoen om buiten het toepassingsgebied van het EU-recht te vallen. Hoewel het Hof niet uitdrukkelijk overweegt dat het om dezelfde taak van algemeen belang moet gaan, lijkt dit wel het geval te zijn.

In het raam van de *Teckal*-criteria handelt de overheid waarop controle wordt uitgeoefend, ook hoofdzakelijk in het gemeenschappelijk belang van de controlerende overheden. Een dergelijke overeenkomst moet bovendien uitsluitend door openbare lichamen zijn gesloten, zonder enige particuliere inbreng, waarbij het geen enkele particuliere dienstverrichter bevoordelt tegenover zijn concurrenten (tweede criterium) en de samenwerking die deze overeenkomsten tot stand brengen, wordt uitsluitend beheerst door overwegingen en eisen die verband houden met het nastreven van doelstellingen van algemeen belang (derde criterium).³⁹ Het gaat om cumulatieve voorwaarden.⁴⁰

2. Boven de drempels⁴¹

a) Inleidende beschouwingen

In de overwegingen die voorafgaan aan de bepalingen van de nieuwe richtlijnen overheidsopdrachten, maakt men duidelijk

dat de rechtszekerheid noodzaakte om inzake publiek-publieke samenwerking rechtsregels te voorzien.⁴²

Overweging 31 van Richtlijn 2014/24 rechtvaardigt de invoering van uitdrukkelijke bepalingen inzake publiek-publieke samenwerking als volgt:

“Er is een grote rechtsonzekerheid met betrekking tot de vraag in hoeverre de aanbestedingsregels moeten worden toegepast op opdrachten tussen entiteiten in de openbare sector. De desbetreffende rechtspraak van het Europees Hof van Justitie wordt door de lidstaten en zelfs door de aanbestedende diensten op uiteenlopende wijze geïnterpreteerd. Daarom moet worden verduidelijkt in welke gevallen de aanbestedingsregels niet van toepassing zijn op binnen de openbare sector gesloten overeenkomsten.

Hierbij moeten de beginselen die in de desbetreffende rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie worden beschreven richtinggevend zijn. Het enkele feit dat beide partijen in een overeenkomst zelf overheidsdiensten zijn, sluit op zich de toepassing van aanbestedingsregels niet uit. De toepassing van aanbestedingsregels mag echter niet ten koste gaan van de vrijheid van overheidsdiensten om hun taken van algemeen belang te vervullen met gebruikmaking van hun eigen middelen, waaronder de mogelijkheid samen te werken met andere overheidsdiensten.

Er moet voor worden gezorgd dat vrijgestelde samenwerking tussen overheidsdiensten niet leidt tot vervalsing van de mededinging ten opzichte van particuliere ondernemers in die zin dat een particuliere dienstverlener bevoordeeld wordt ten opzichte van zijn concurrenten”.

In navolging van de bepalingen voorzien in de richtlijnen overheidsopdrachten bevat de gewijzigde Aanbestedingswet 2012 een aantal artikelen inzake publiek-publieke samenwerking. De Memorie van toelichting aanziet de bepalingen inzake de publiek-publieke samenwerking als één van de belangrijke wijzigingen in het wetsvoorstel. Duidelijk is echter dat de wetgever zo dicht mogelijk bij de tekst van de richtlijnen wenst te blijven. Via de omzetting wenst de Nederlandse wetgever te verduidelijken welke grenzen men kan stellen aan de publiek-publieke samenwerking. Deze grenzen moeten er mee voor zorgen dat deze samenwerking niet leidt tot vervalsing van de mededinging ten opzichte van de ondernemingen. Diengaan- de zou men strikte voorwaarden voorzien, die toelaten dat een dergelijke samenwerking plaatsvindt zonder dat de overheid de mededinging moet laten spelen.

Zoals op Europees niveau maakt de Nederlandse wetgever ook een onderscheid tussen verticale en horizontale samenwerking. Beide situaties regelt de nieuwe Aanbestedingswet in de artikelen 2.24a tot en met 2.24c. Deze situaties maken nu het voorwerp uit van de verdere bespreking.

³⁵ Overw. 47.

³⁶ HvJ 19 december 2012, nr. C-159/11, ECLI:EU:C:2012:817, *Azienda Sanitaria Locale di Lecce, Università del Salento*, overw. 31; HvJ 13 juni 2013, nr. C-386/11, *Piepenbrock Dienstleistungen & Co. KG*.

³⁷ Concl. Adv. Gen. MAZAK, nr. C-480/06, *Commissie/Duitsland*.

³⁸ Overw. 34.

³⁹ Overw. 35.

⁴⁰ Overw. 36.

⁴¹ Zie voor een aantal commentaren betreffende de nieuwe richtlijnen overheidsopdrachten en de publiek-publieke samenwerking: L. RICHER, “Les contrats entre entités du secteur public”, *ACCP* 2014, nr. 143, p. 31-35; J. WIGGEN, “Directive 2014/24/EU: the new provision on co-operation in the public sector”, *PPLR* 2014, 83-93; G. CLAMOUR, “Marchés et concessions ‘entre entités dans le secteur public’”, *CMP* 6, 2014; W. JANSSEN, “The Institutionalised and Non-Institutionalised Exemptions from EU Public Procure-

ment Law: Towards a More Coherent Approach”, *Utrecht Law Review* 2014, nr. 5, vol. 10, 168 e.v.; I. BACIU et D. DRAGOS, “Horizontal ‘In-House’ Transactions vs. Vertical In-House Transactions and Public-Public Cooperation”, *E.P.P.P.L.* 2015, nr. 4, 254 e.v.

⁴² Richtlijn 2014/24/EU, overw. 14.



b) *Verticale samenwerking*

Inzake verticale samenwerking voorziet de nieuwe Aanbestedingswet in twee afzonderlijke bepalingen. Op grond van deze twee bepalingen onderscheidt huidige bijdrage drie situaties: 1) een aanbestedende overheid doet een beroep op een andere rechtspersoon waarvan enkel zij deel uitmaakt (een individuele controle), 2) de voornoemde rechtspersoon doet een beroep op de aanbestedende dienst die haar heeft opgericht (een omgekeerde individuele controle of een dochter-ouderrelatie) en 3) de aanbestedende dienst doet een beroep op een rechtspersoon die samengesteld is door meerdere aanbestedende diensten (een gezamenlijke controle).

A. EÉN-OP-EÉN-RELATIE

1. *Algemene voorwaarden*

Volgens artikel 2.24a Aanbestedingswet dient een aanbestedende dienst de wetgeving overheidsopdrachten niet toe te passen wanneer deze een overheidsopdracht gunt aan een andere rechtspersoon voor zover een aantal voorwaarden vervuld zijn. De Nederlandse wetgever ziet dit als een afwijking op de principiële plicht om een gunningsprocedure te volgen als een aanbestedende dienst een aanbestedingsovereenkomst sluit. De auteurs bestempelen deze situatie als een één-op-één-relatie, omdat één aanbestedende dienst een beroep doet op één rechtspersoon.

Op te merken valt dat het toepassingsgebied van deze bepaling mede wordt gedetermineerd door het begrip 'overheidsopdracht'. De bepaling is bijgevolg enkel toepasselijk als een juridische situatie voldoet aan dit begrip. Het begrip 'overeenkomst' is bijgevolg niet determinerend om te bepalen of een quasi-inbesteding aanwezig is. Dit was trouwens ook reeds het geval in de rechtspraak van het Hof van Justitie.⁴³

Daarnaast is de derde waarmee de aanbestedende dienst samenwerkt, een 'rechtspersoon'. Daarbij maakt de wetgever, in navolging van de Europese regelgever, geen onderscheid tussen een publiekrechtelijke en een privaatrechtelijke rechtspersoon. Die rechtspersoon hoeft ook niet noodzakelijkerwijze zelf een aanbestedende dienst te zijn. Impliciet houdt deze bepaling in dat een aanbestedingsovereenkomst gesloten tussen aanbestedende diensten en een rechtspersoon in beginsel onder de toepassing van de wetgeving overheidsopdrachten valt. Daaruit zou men kunnen besluiten dat als de derde waarop de aanbestedende dienst een beroep doet om een opdracht uit te voeren, geen rechtspersoon is, de wetgeving niet toepasselijk is. Dit zou echter wel eens een te verregaande conclusie kunnen zijn.

Een verticale één-op-één-relatie is niet onderworpen aan de toepassing van de aanbestedingswet als drie voorwaarden vervuld zijn:

- a) de aanbestedende dienst oefent op die rechtspersoon toezicht uit zoals op haar eigen diensten of een andere rechtspersoon dan de aanbestedende dienst oefent op die rechtspersoon toezicht uit, waarbij de aanbestedende dienst toezicht houdt op de andere rechtspersoon zoals op haar eigen diensten;
 - b) meer dan 80% van de activiteiten van de gecontroleerde rechtspersoon wordt uitgeoefend in de vorm van taken die hem zijn toegewezen door de controlerende aanbestedende dienst of door andere, door diezelfde aanbestedende dienst gecontroleerde rechtspersonen; en
 - c) er is geen directe participatie van privékapitaal in de gecontroleerde rechtspersoon, met uitzondering van vormen van participatie van privékapitaal die geen controle of blokkerende macht inhouden, die vereist zijn krachtens nationale regelgeving welke verenigbaar is met het Verdrag betreffende de Europese Unie en het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie en door middel waarvan geen beslissende invloed kan worden uitgeoefend op de gecontroleerde rechtspersoon.
- De auteurs overlopen nu deze drie voorwaarden.

2. *Toezicht*

Inzake toezicht hanteert de nieuwe wetgeving in de eerste plaats hetzelfde criterium als datgene dat terug te vinden is in de rechtspraak van het Hof van Justitie. De aanbestedende dienst moet een toezicht uitoefenen op de andere rechtspersoon zoals op de eigen diensten.

Artikel 2.24a.3 Aanbestedingswet concretiseert verder wat men hieronder moet verstaan. De aanbestedende dienst moet een beslissende invloed uitoefenen zowel op strategische doelstellingen als op belangrijke beslissingen. In dat kader zal bijgevolg de hoger aangehaalde rechtspraak van het Hof van Justitie blijven gelden. Aldus lijken de overwegingen uit het arrest *Econord*⁴⁴ hun relevantie niet te verliezen. In dat arrest heeft het Hof van Justitie verder geconcretiseerd welke de kwaliteiten van deze controle moeten zijn: het door de aanbestedende dienst uitgeoefende toezicht moet werkzaam, structureel en functioneel zijn.⁴⁵ Volgens het Hof moet het toezicht bovendien effectief zijn.

Te onderlijnen valt echter dat de Nederlandse wetgever, in navolging van de Europese regelgever, van de participatie in het kapitaal een apart criterium heeft gemaakt. Het Hof van Justitie aanzag in zijn rechtspraak het element 'kapitaalparticipatie' als een gegeven dat mee aangaf of er sprake was van een toezicht zoals op de eigen diensten.⁴⁶ De nieuwe wetgeving re-

⁴³ HvJ 8 mei 2014, nr. C-15/13, ECLI:EU:C:2014:303, *Technische Universität Hamburg-Harburg, Hochschul-Informationssystem GmbH/Datenlotsen Informationssysteme GmbH*.

⁴⁴ HvJ 29 november 2012, samengevoegde zaken nr. C-182/11 en C-183/11, ECLI:EU:C:2012:758, *Econord SpA/Comuni di Cagno, Comune di Varese, Comune di Solbiate*, overw. 27.

⁴⁵ Overw. 28-31; HvJ 8 mei 2014, nr. C-15/13, ECLI:EU:C:2014:303, *Technische Universität Hamburg-Harburg en Hochschul-Informationssysteme GmbH/Datenlotsen Informationssysteme GmbH*, overw. 26.

⁴⁶ Zie HvJ 11 januari 2005, nr. C-26/03, ECLI:EU:C:2005:5, *Stadt Halle en RPL Recyclingpark Lochau GmbH/Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna*.



lativeert dit nu, wat men kan beschouwen als een kleine revolutie. De vraag rijst of deze aanpassingen vanwege de richtlijnen ten aanzien van de bestaande rechtspraak van het Hof wel conform zijn met het primaire EU-recht. Immers, deze rechtspraak nam juist mee als uitgangspunt het primaire EU-recht.

Artikel 2.24a.1 Aanbestedingswet voorziet verder nog in een afwijking op de rechtspraak van het Hof van Justitie. Immers, de controle hoeft niet noodzakelijkerwijze rechtstreeks via de aanbestedende dienst te verlopen. De controle zoals op de eigen diensten kan ook uitgaan van een andere rechtspersoon, waarbij de aanbestedende dienst wel een controle moet uitoefenen op die andere rechtspersoon zoals op haar eigen diensten.

Aldus sluit de wetgeving een situatie uit van het toepassingsgebied van de wetgeving overheidsopdrachten, waarvan het Hof van Justitie in het arrest *Carbotermo* oordeelde dat het EU-recht wel toepasselijk is. Het Hof oordeelde in dat arrest dat als de rechtspersoon waarop de aanbestedende dienst een beroep doet, slechts onrechtstreeks (via een holding) onder invloed staat van deze aanbestedende dienst, dit dan de controle op deze rechtspersoon verzwakt.⁴⁷ Bijgevolg achtte het Hof in die situatie het EU-recht toepasselijk.

3. Activiteiten

Het tweede *Teckal*-criterium hield verband met het aantal activiteiten dat de rechtspersoon waarop de aanbestedende dienst een beroep doet, moet vervullen voor die aanbestedende dienst. Het Hof eiste dat het merendeel van die activiteiten ten voordele moeten komen van de aanbestedende dienst. Verder concretiseerde het Hof dit aantal niet.

Nadat de Europese Commissie eerst oordeelde dat 90% van de activiteiten van de rechtspersoon moesten plaatsvinden ten voordele van de aanbestedende dienst, voorziet artikel 12 van Richtlijn 2014/24/EU nu 80%. Dit percentage vindt men reeds terug in een conclusie van Advocaat-general STIX-HACKL bij het arrest *Stadt Halle*. Zij verwees ter zake naar artikel 23 van Richtlijn 2004/17/EG. Deze bepaling sloot overeenkomsten gegund aan verbonden ondernemingen uit van het toepassingsgebied van de wetgeving voor zover hun omzet meer dan 80% bedroeg.⁴⁸

Het percentage wordt bepaald op basis van de gemiddelde totale omzet of een geschikte alternatieve op activiteit gebaseerde maatstaf, zoals de kosten die door de betrokken rechtspersoon of de aanbestedende dienst zijn gemaakt met betrekking tot diensten, leveringen en werken over de laatste drie jaren voorafgaand aan de gunning van de overheidsopdracht. Indien de gemiddelde totale omzet of een geschikte alternatieve op activiteit gebaseerde maatstaf over de laatste drie jaren niet beschikbaar of niet langer relevant is in verband met de datum van oprichting of

aanvang van de bedrijfsactiviteiten van die rechtspersoon of aanbestedende dienst of in verband met een reorganisatie van zijn activiteiten, kan door middel van bedrijfsprognoses worden aangetoond dat de berekening van de activiteit aannemelijk is.

4. Participatie privékapitaal

Er mag volgens artikel 2.24.1 onder c geen directe participatie van privékapitaal in de gecontroleerde rechtspersoon zijn, met uitzondering van vormen van participatie van privékapitaal die geen controle of blokkerende macht inhouden, die vereist zijn krachtens nationale regelgeving welke verenigbaar is met het Verdrag betreffende de Europese Unie en het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie en door middel waarvan geen beslissende invloed kan worden uitgeoefend op de gecontroleerde rechtspersoon.

De tekst wijzigt op een fundamentele wijze de bestaande rechtspraak van het Hof van Justitie. Immers, in het arrest *Stadt Halle* van 2005 oordeelde het Hof van Justitie dat de deelneming, ook al is het slechts voor minder dan de helft, van een particuliere onderneming in het kapitaal van een vennootschap waarin ook de betrokken aanbestedende dienst deelneemt, hoe dan ook uitsluit dat die aanbestedende dienst op die vennootschap toezicht kan uitoefenen zoals op haar eigen diensten.⁴⁹

Volgens de huidige tekst is nog altijd het uitgangspunt dat private participatie in de gecontroleerde rechtspersoon de uitsluiting uit het toepassingsgebied van de wetgeving problematisch maakt. In overweging 32 van Richtlijn 2014/24/EU vindt men hierover de volgende rechtvaardiging: *Bij het gunnen van een overheidsopdracht zonder mededingingsprocedure zou de particuliere ondernemer met een deelname in het kapitaal van de gecontroleerde rechtspersoon dan namelijk onrechtmatig voordeel verkrijgen ten opzichte van zijn concurrenten*. Zoals gezegd, de huidige tekst laat wel in bepaalde mate participatie van privaat kapitaal toe. Dergelijke participatie is wel aan een aantal voorwaarden onderworpen.

In de eerste plaats mag dit geen controle of blokkerende macht inhouden. Waarschijnlijk houdt dit in dat de onderneming niet de mogelijkheid mag hebben om de essentiële beslissingen van de rechtspersoon te beïnvloeden. Bovendien moet deze participatie, gelet op de specifieke kenmerken van overheidsorganen met verplicht lidmaatschap, zoals organisaties die belast zijn met het beheer of de uitvoering van bepaalde openbare diensten, verplicht zijn gesteld krachtens nationale wet- en regelgeving die in overeenstemming is met de verdragen.

Voor het overige blijft participatie van privékapitaal in de aanbestedende overheid toegelaten. Dit beïnvloedt de concurrentiepositie van andere ondernemingen niet.

⁴⁷ HvJ 11 mei 2006, nr. C-340/04, ECLI:EU:C:2006:308, *Carbotermo SpA Consorzio Alisei/Comune di Busto Arsizio AGESP SpA*, overw. 39.

⁴⁸ Concl. Adv. Gen. STIX-HACKL C-26/03, ECLI:EU:C:2005:5, *Stadt Halle en RPL Recyclingpark Lochau GmbH/Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna*, overw. 92.

⁴⁹ HvJ 11 januari 2005, nr. C-26/03, ECLI:EU:C:2005:5, *Stadt Halle en RPL Recyclingpark Lochau GmbH/Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna*, overw. 49.



B. OMGEKEERDE INDIVIDUELE QUASI-IN-HOUSE

Artikel 24.a.2 Aanbestedingswet voorziet het volgende:

In afwijking van de artikelen 2.1 tot en met 2.6a is het bepaalde bij of krachtens deel 2 van deze wet niet van toepassing indien een gecontroleerde rechtspersoon als bedoeld in het eerste lid die tevens een aanbestedende dienst is, een overheidsopdracht gunt aan de aanbestedende dienst die hem controleert of aan een andere rechtspersoon die door dezelfde aanbestedende dienst wordt gecontroleerd, mits er geen directe participatie van privékapitaal is in de rechtspersoon aan wie de overheidsopdracht wordt gegund, met uitzondering van vormen van participatie van privékapitaal die geen controle of blokkerende macht inhouden, die vereist zijn krachtens nationale regelgeving welke verenigbaar is met het Verdrag betreffende de Europese Unie en het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie en door middel waarvan geen beslissende invloed kan worden uitgeoefend op de gecontroleerde rechtspersoon.

Deze bepaling is de meest verregaande afwijking ten aanzien van de vroegere rechtspraak van het Hof van Justitie inzake verticale samenwerking. Op grond van deze bepaling is het mogelijk dat de rechtspersoon die voldoet aan de voorwaarden om een verticale samenwerking buiten het toepassingsgebied van de wetgeving overheidsopdrachten te plaatsen, zelf een beroep doet op de aanbestedende overheid of op een andere rechtspersoon zelf gecontroleerd door voornoemde aanbestedende overheid (hierna 'de gecontroleerde rechtspersoon') zonder voornoemde wetgeving te moeten respecteren. De buitentoepassingverklaring geldt echter niet automatisch voor beide hypothesen.

Artikel 24.a.2 Aanbestedingswet acht een omgekeerde quasi-in-house mogelijk als de rechtspersoon een gecontroleerde rechtspersoon als bedoeld in het eerste lid van artikel 24.a is. Houdt dit in dat deze rechtspersoon enkel moet voldoen aan de toezichtsvoorwaarde of moeten voor haar ook de voorwaarden inzake activiteiten en kapitaalparticipatie gelden? Wij zijn van oordeel dat alle criteria van artikel 24.a.1 Aanbestedingswet vervuld moeten zijn. Immers, artikel 24.a.2 Aanbestedingswet verwijst niet naar één van de specifieke voorwaarden in het eerste lid. Bovendien moet men onzes inziens het begrip 'gecontroleerde rechtspersoon' ruim begrijpen. Ten slotte zou een te beperkte interpretatie van dit begrip leiden tot heel wat situaties die buiten het toepassingsgebied vallen van de wetgeving overheidsopdrachten. Dit leek niet de bedoeling te zijn geweest van de Europese wetgever en bijgevolg kan de Nederlandse wetgever dit ook niet zo hebben gemeend.

Opdat de rechtspersoon als aanbestedende overheid geen gunningsprocedure zou moeten organiseren, mag er in de controlerende rechtspersoon waarop zij een beroep doet, geen directe participatie van privékapitaal zijn. In de eerste plaats mag dit geen controle of blokkerende macht inhouden. De bepaling specificeert hier zelf dat er geen beslissende invloed mag worden uitgeoefend op de controlerende rechtspersoon. Bovendien moet deze participatie, gelet op de specifieke kenmerken van overheidsorganen met verplicht lidmaatschap, zoals organisaties die belast zijn met het beheer of de uitvoe-

ring van bepaalde openbare diensten, verplicht zijn gesteld krachtens nationale wet- en regelgeving die in overeenstemming is met de verdragen.

C. GEZAMENLIJKE CONTROLE

Onder dezelfde voorwaarden als een één-op-één-relatie kan ook een situatie waarbij meerdere aanbestedende diensten deel uitmaken van een rechtspersoon, buiten het toepassingsgebied van de wetgeving overheidsopdrachten vallen. Deze voorwaarden houden verband met het toezicht, de activiteiten en de kapitaalparticipatie.⁵⁰ Dienaangaande verwijzen de auteurs naar de uiteenzetting onder punt A.

Bijkomend voorziet artikel 2.24b.2 Aanbestedingswet een aantal andere voorwaarden waaraan het gezamenlijk toezicht moet voldoen:

- de besluitvormingsorganen van de gecontroleerde rechtspersoon zijn samengesteld uit vertegenwoordigers van alle deelnemende aanbestedende diensten, waarbij individuele vertegenwoordigers verscheidene of alle deelnemende aanbestedende diensten kunnen vertegenwoordigen;
- deze aanbestedende diensten zijn in staat gezamenlijk een beslissende invloed uit te oefenen op de strategische doelstellingen en belangrijke beslissingen van de gecontroleerde rechtspersoon; en
- de gecontroleerde rechtspersoon streeft geen belangen na die in strijd zijn met de belangen van de controlerende aanbestedende diensten.

Deze criteria lijken voor een groot deel terug te gaan naar het arrest *Coditel Brabant*.⁵¹ Alleen in het raam van deze zaak sprak het Hof niet echt over criteria. Het Hof heeft eerder op grond van de feitelijke en juridische situatie van de zaak geoordeeld dat de rechtspersoon waarop de aanbestedende diensten een beroep deden, niet voldoende zelfstandig was en ook niet marktgericht.

Op te merken valt nog dat alle deelnemende aanbestedende diensten vertegenwoordigd moeten zijn in de besluitvormingsorganen. Dit gaat onzes inziens terug tot het arrest *Econord*, waar het Hof een effectieve deelname vereiste.⁵² Men preciseert dan niet om welke besluitvormingsorganen het gaat. Moet men vertegenwoordigd zijn in alle besluitvormingsorganen of volstaat een vertegenwoordiging in sommige? Voor ons draagt de eerste hypothese de voorkeur, gezien het hier gaat om hypothesen die mogelijkervijze buiten het toepassingsgebied van de richtlijnen vallen. De vertegenwoordigers mogen wel zetelen namens verscheidene aanbestedende diensten.

De gecontroleerde persoon moet belangen nastreven die niet in strijd zijn met de belangen van de deelnemende aanbestedende diensten. Bijgevolg mogen deze belangen niet in strijd zijn met de algemene belangen die niet van industriële of

⁵⁰ Zie art. 2.24b.1 Aanbestedingswet.

⁵¹ HvJ 13 november 2008, nr. C-324/07, ECLI:EU:C:2008:621, *Coditel Brabant SA/Commune d'Uccle en Région de Bruxelles-Capitale*.

⁵² HvJ 29 november 2012, samengevoegde zaken nr. C-182/11 en C-183/11, ECLI:EU:C:2012:758, *Econord SpA/Comuni di Cagno, Comune di Varese, Comune di Solbiate*.



commerciële aard zijn, die aanbestedende diensten juist nastreven. Anders gezegd, de gecontroleerde persoon mag geen commercieel oogmerk hebben in de zin van het Unierecht.

c) Horizontale samenwerking

Net zoals de rechtspraak van het Hof van Justitie en de nieuwe richtlijnen toelieten, voorziet ook de Nederlandse wetgeving een bepaling toepasselijk op een horizontale samenwerking. Artikel 2.24c Aanbestedingswet is als volgt opgesteld:

“1. In afwijking van de artikelen 2.1 tot en met 2.6a is het bepaalde bij of krachtens deel 2 van deze wet niet van toepassing op overheidsopdrachten die uitsluitend tussen twee of meer aanbestedende diensten worden gegund, indien:

a. de overheidsopdracht voorziet in of uitvoering geeft aan samenwerking tussen de deelnemende aanbestedende diensten om te bewerkstelligen dat de openbare diensten die zij moeten uitvoeren, worden verleend met het oog op de verwezenlijking van hun gemeenschappelijke doelstellingen,

b. de invulling van die samenwerking uitsluitend berust op overwegingen in verband met het openbaar belang, en

c. de deelnemende aanbestedende diensten op de open markt niet meer dan 20% van de onder die samenwerking vallende activiteiten voor hun rekening nemen.

2. Op het percentage, genoemd in het eerste lid, onderdeel c, is artikel 2.24a, vierde en vijfde lid, van overeenkomstige toepassing.”

De toepasselijkheid van deze bepaling hangt af van de volgende situatie: een opdracht uitsluitend gesloten tussen twee of meer aanbestedende overheden. Ten eerste moet er dus sprake zijn van een overheidsopdracht en bovendien moeten bij een horizontale samenwerking alle contractpartijen aanbestedende overheden zijn.

Een dergelijke samenwerking is uitgesloten van het toepassingsgebied van het aanbestedingsrecht als aan elk van de volgende cumulatieve voorwaarden is voldaan:

- a) de overheidsopdracht voorziet in of geeft uitvoering aan samenwerking tussen de deelnemende aanbestedende diensten om te bewerkstelligen dat de openbare diensten die zij moeten uitvoeren, worden verleend met het oog op de verwezenlijking van hun gemeenschappelijke doelstellingen;
- b) de invulling van die samenwerking berust uitsluitend op overwegingen in verband met het openbaar belang; en
- c) de deelnemende aanbestedende diensten nemen op de open markt niet meer dan 20% van de onder die samenwerking vallende activiteiten voor hun rekening.

A. EERSTE VOORWAARDE

In de eerste plaats moet de opdracht voorzien in of uitvoering geven aan een samenwerking tussen de deelnemende aanbestedende overheden. De overeenkomst moet ofwel zijn gesloten in een voorbereidend stadium dat uiteindelijk zal leiden tot een bepaalde samenwerking, waarbij zij de samenwerking voorziet, ofwel geeft zij uitvoering aan de samenwerking.

In de tweede plaats moet de overeenkomst bewerkstelligen dat de openbare diensten die de aanbestedende overheden moeten uitvoeren, worden verleend met het oog op de verwezenlijking van hun gemeenschappelijke doelstellingen. De vraag rijst wat het Hof van Justitie zal verstaan onder het begrip ‘openbare dienst’. Conform zijn rechtspraak zal het Hof van Justitie hieraan een autonome interpretatie geven, los van de nationale invullingen van dit begrip. Het Europese Unierecht kent dit begrip niet op dit ogenblik. Enkel het begrip ‘taak van algemeen belang’ is haar wel bekend.⁵³ Overweging 33 van Richtlijn 2014/24/EU heeft het over “*hun diensten ... verantwoordelijkheden in het algemeen belang*”. De openbare diensten kunnen verschillend zijn in hoofde van de verschillende aanbestedende overheden, doch er moeten via de overeenkomst wel gemeenschappelijke doelstellingen verwezenlijkt worden. Overweging 33 van Richtlijn 2014/24/EU stelt inzake de openbare diensten hetgeen volgt: “*De diensten die door de verschillende deelnemende instanties worden verleend hoeven niet noodzakelijkerwijs identiek te zijn; zij kunnen ook complementair zijn*”. Enkel de doelstelling die men beoogt te verwezenlijken via de samenwerking, moet gemeenschappelijk zijn. Dit wil niet zeggen dat alle doelstellingen van de verschillende participerende overheden dezelfde moeten zijn. Het volstaat onzes inziens dat er één doelstelling is die gemeenschappelijk is. Die doelstelling lijkt ons wel te moeten voortvloeien uit een wettelijke, reglementaire of statutaire bepaling.

In de derde plaats moet de bijdrage van elke deelnemende overheid niet gelijk zijn. Elke aanbestedende overheid moet zich wel verbinden om bij te dragen tot het bewerkstelligen dat de openbare diensten worden verleend. De bijdrage lijkt ons, conform het *Econord*-arrest, ook effectief te moeten zijn. Of een louter financiële bijdrage afdoende zal zijn, is de vraag. Wat zeker niet de bedoeling kan zijn, is dat één aanbestedende overheid een prestatie verricht en dat de andere hiervoor betaalt.⁵⁴

B. TWEEDE VOORWAARDE

De invulling van die samenwerking berust uitsluitend op overwegingen in verband met het openbaar belang. De voorwaarde heeft hier betrekking op de samenwerking en niet rechtstreeks op de overeenkomst, die een overheidsopdracht is.

In de Nederlandstalige versie gebruikt men het begrip ‘invulling’. Dit staat gelijk met het Franse begrip ‘mise en œuvre’ of het Engelse begrip ‘implementation’. Beide begrippen hanteert artikel 12.4 Richtlijn 2014/24/EU wanneer het heeft over de uitvoering van de samenwerking. Het is bijgevolg vreemd dat de Nederlandstalige versie het plots heeft over ‘invulling’. Het lijkt ons dat men dit moet begrijpen als de ‘tenuitvoerlegging van de samenwerking’.

⁵³ Zie hierover K. WAUTERS, *Cooperation between public authorities*, Antwerpen, Intersentia, 2015.

⁵⁴ F. VANDENDRIESSCHE en A. CARTON, “Toepassingsgebied” in D. D’HOOGHE (ed.), *De gunning van overheidsopdrachten*, Brugge, die Keure, 2015, 185.



Voorvoemde tenuitvoerlegging moet *uitsluitend* berusten op overwegingen in verband met het openbaar belang. Volgens overweging 33 van Richtlijn 2014/24/EU houdt dit in dat deze samenwerking uitsluitend uit overwegingen van algemeen belang plaatsvindt, zodat geen enkele particuliere onderneming bevoordeeld wordt ten opzichte van haar concurrenten. Elke aanwezigheid van een particuliere onderneming lijkt aldus uitgesloten. Deze voorwaarde is dus strenger dan die welke geldt inzake een verticale samenwerking. Wat volgens overweging 32 van Richtlijn 2014/24/EU wel mogelijk moet zijn, is dat men in de deelnemende aanbestedende overheid participeert met privaat kapitaal.

C. DERDE VOORWAARDE

De deelnemende aanbestedende overheden nemen op de open markt niet meer dan 20% van de onder die samenwerking vallende activiteiten voor hun rekening. De nieuwe bepalingen bieden aan de aanbestedende overheden de mogelijkheid om activiteiten die onder de samenwerking vallen, te verrichten op de markt.

C. Conclusie

Eén van de doelstellingen van de Europese instellingen bij het vernieuwen van de regels inzake het aanbestedingsrecht was vereenvoudiging. Uit andere geschriften bleek reeds dat deze doelstelling helemaal niet werd bereikt.⁵⁵ Dit is ook niet het geval in Nederland wat betreft de regels inzake inbesteding en publiek-publieke samenwerking. Doordat men er in Nederland stevast voor kiest om de Europese richtlijnen enkel om te zetten voor opdrachten boven de drempels, geldt voor de opdrachten onder de drempels nog steeds de rechtspraak van het Hof van Justitie. Aldus zal men in Nederland tot nader order met twee sets van regels moeten werken wanneer het gaat over inbesteding of publiek-publieke samenwerking. De regels in de Aanbestedingswet 2012 gelden enkel boven de drempels.

De vereenvoudiging van het aanbestedingsrecht is ook niet gediend door het feit dat de nieuwe bepalingen inzake publiek-publieke samenwerking nood zullen hebben aan bijkomende uitleg door het Hof van Justitie. Overheden zullen bijgevolg niet altijd in staat zijn om deze bepalingen zomaar toe te passen zonder deze bijkomende uitleg. De codificatie brengt aldus niet de beoogde rechtszekerheid.

Net zoals de Europese regelgever heeft de Nederlandse regelgever een aantal nieuwe situaties buiten het toepassingsgebied van het aanbestedingsrecht geplaatst. Deze nieuwe situaties (bv. de omgekeerde quasi-in-house of de samenwerking tussen broers en zusters) waren volgens het Hof van Justitie op grond van een aantal verdragsbeginselen (beginsel van de gelijke behandeling) wel onderhevig aan de toepassing van het

aanbestedingsrecht. De vraag rijst dan in welke mate deze bepalingen, die deze nieuwe situaties uitsluiten, wel in overeenstemming zijn met het primaire EU-recht.

Nu wij hiervoor het wettelijke kader inzake inbesteding en horizontale samenwerking uiteen hebben gezet, zullen wij nader ingaan op de Wet Markt en Overheid. Bij inbesteding en horizontale samenwerking is een aanbestedende dienst niet gehouden deze opdracht aan te besteden. Het is echter de vraag of er grenzen moeten worden gesteld aan de mogelijkheid tot inbesteding. In Nederland is momenteel onderwerp van gesprek of deze grenzen middels de Wet Markt en Overheid kunnen worden geboden. In de volgende paragraaf zullen wij derhalve ingaan op de werking van deze Wet Markt en Overheid en de mogelijkheid tot het stellen van grenzen aan inbesteding middels deze wet.

III. Wet Markt en Overheid

A. Inleiding

In Nederland kunnen overheden ervoor kiezen om goederen of diensten zelf of via hun overheidsbedrijven op de markt aan te bieden, met andere woorden economische activiteiten te verrichten. Het verrichten van economische activiteiten door overheden of door hun overheidsbedrijven is in beginsel toegestaan. Dit mag echter niet leiden tot concurrentievervalsing met het bedrijfsleven. Overheden zouden (oneigenlijk) gebruik kunnen maken van hun publieke middelen om deze economische activiteiten in concurrentie met het bedrijfsleven uit te voeren.

Om die reden is na een lang voortraject op 1 juli 2012 de Wet Markt en Overheid (hierna ook: Wet M&O) in werking getreden. Deze wet is geïmplementeerd in de Nederlandse Mededingingswet.⁵⁶ Doel van de Wet M&O is het tegengaan van concurrentievervalsing door overheden en bedrijven via welke de overheid economische activiteiten verricht en het creëren van een zo gelijk mogelijke concurrentieverhouding tussen overheden en bedrijven.

Tot 1 juli 2014 gold er een overgangsregime voor bestaande economische activiteiten uitgevoerd door de overheid. Na 1 juli 2014 zijn echter alle economische activiteiten van overheden onder de Wet M&O komen te vallen. En nu, slechts enkele jaren na de inwerkingtreding van de wet, is de balans opgemaakt. Het is even wachten geweest op de uitkomst van de evaluatie van de wet, waardoor in de tussentijd door leden van de Tweede Kamer, Ziengs en Verhoeven, al een Initiatiefnota is ingediend.⁵⁷ Deze Initiatiefnota komt er kort gezegd op neer dat aanpassingen in de wet noodzakelijk zijn om de bescherming van de eerlijke concurrentie die beoogd was met deze wet, ook daadwerkelijk te bereiken.

⁵⁵ Zie K. WAUTERS m.m.v. S. BLEUX, "A new generation of public procurement Directives: background, objectives and results" in Y. MARIQUE et K. WAUTERS, *EU Directive 2014/24 on public procurement. A new turn for competition in public markets?*, Bruxelles, Larcier, 2016, 7-40.

⁵⁶ Hoofdstuk 4B Mededingingswet.

⁵⁷ Op 7 juni 2016 is de evaluatie van de Wet Markt en Overheid gepubliceerd: *Kamerstukken II 2015/16*, Bijlage bij Kamerstuk 34 487, nr. 1. De Initiatiefnota is reeds op 14 oktober 2015 gepubliceerd: *Kamerstukken II 2015/16*, 34 316, nr. 2.



Eén van de aanpassingen die volgens de leden Ziengs en Verhoeven noodzakelijk is, is het aanpassen van de reikwijdte van de wet. Op dit moment – en hier komen we aan bij het aanbestedingsrecht – is de wet niet van toepassing indien overheden overgaan tot inbesteding. Dit moet anders volgens de leden Ziengs en Verhoeven. In dit artikel zullen wij onder andere ingaan op de wijze waarop de Evaluatie van de Wet M&O op deze Initiatiefnota is ingegaan.

Alvorens wij dieper ingaan op de knelpunten van de Wet M&O, zullen wij eerst de werking van de Wet M&O nader uiteenzetten; vervolgens zullen wij ingaan op de recente ontwikkelingen ten aanzien van de Wet M&O. Tot slot zullen wij ingaan op de Initiatiefnota, waarin voorstellen zijn gedaan tot aanpassing van de Wet M&O en de uitkomsten van de Evaluatie. Wij zullen hierbij uitgebreid aandacht besteden aan het gesignaleerde probleem van het inbesteden van overheidsopdrachten.

B. Werking Wet Markt en Overheid

De Wet M&O heeft als doelstelling “zo gelijk mogelijke concurrentieverhoudingen te creëren tussen overheden en (andere) particuliere ondernemingen, rekening houdend met de specifieke publieke taak van de overheid”.⁵⁸

De wet beoogt deze doelstelling te bereiken door het stellen van vier gedragsregels. Daarvoor dient de wet echter wel van toepassing te zijn.

1. De reikwijdte van de wet

De Wet M&O is slechts van toepassing voor zover:

- i) er sprake is van een overheidsorganisatie;
Overheidsorganisaties zijn in dit geval het Rijk, de provincies, de gemeenten, de waterschappen en de zelfstandige bestuursorganen die een publiekrechtelijke status hebben. Uit de Memorie van Toelichting blijkt dat ook gemeenschappelijke regelingen die geen eigen rechtspersoonlijkheid hebben, als een overheidsorganisatie worden beschouwd.⁵⁹
- ii) er sprake is van een economische activiteit;
De wet is slechts van toepassing op overheidsorganisaties die een economische activiteit verrichten of laten verrichten door een aan hen gerelateerd overheidsbedrijf.⁶⁰ Van een economische activiteit is sprake indien de overheidsorganisatie in kwestie zelf of via haar overheidsbedrijf⁶¹ in concurrentie treedt met andere ondernemingen ten aanzien van het aanbieden van goederen of diensten op een

markt.⁶² Het is onder andere deze vereiste waar momenteel discussie over bestaat. Indien een overheid namelijk wil overgaan tot inbesteding, is er geen sprake van een economische activiteit. Als gevolg hiervan is de Wet M&O niet van toepassing op inbestedingen.

- iii) geen van de uitzonderingen van toepassing is.

De Wet M&O kent enkele uitzonderingen. Zodra één van deze uitzonderingen van toepassing is, hoeft aan de Gedragsregels uit de Wet M&O geen toepassing te worden gegeven. Op deze uitzonderingen zullen wij in de volgende paragraaf dieper ingaan.

2. De uitzonderingen

Artikel 25h van de Mededingingswet bepaalt in welke situaties men niet aan de toepassing van de Wet M&O toekomt. De belangrijkste uitzonderingen sommen wij hierna op:

- 1) Ten eerste bestaat er een uitzondering voor een aantal specifieke organisaties; dit gaat met name om openbare onderwijsinstellingen en publieke omroepinstellingen.
- 2) Een tweede uitzondering is van toepassing op zogenoemde ‘in house’ activiteiten. Het gaat dan om het aanbieden van goederen of diensten binnen de eigen overheidsorganisatie. Deze uitzondering geldt daarentegen slechts voor zover deze goederen of diensten bestemd zijn voor de uitvoering van een publiekrechtelijke taak.
- 3) Ten derde bestaat er een uitzondering voor steunmaatregelen die vallen onder de Europese staatssteunregels. In dat geval is reeds voorzien in een wettelijk kader en is de toepassing van de Wet M&O niet meer noodzakelijk. Het is belangrijk om hierbij op te merken dat deze uitzondering niet geldt indien er sprake is van zogenoemde *de-minimis*-steun.⁶³
- 4) Tot slot is de Wet M&O evenmin van toepassing op economische activiteiten en op bevoordelingen van overheidsbedrijven die plaatsvinden in het algemeen belang. Of een economische activiteit of bevoordeling van een overheidsbedrijf in het algemeen belang plaatsvindt, dient voor provincies te worden vastgesteld door provinciale staten, voor gemeenten door de gemeenteraad, voor waterschappen door het algemeen bestuur en door de minister die het aangaat voor het Rijk en voor zelfstandige bestuursorganen van de centrale overheid.⁶⁴

3. De gedragsregels

De Wet M&O is van toepassing indien er op grond van het voorgaande sprake is van een overheidsorganisatie die een

⁵⁸ *Kamerstukken II* 2007/08, 31 354, nr. 3, p. 10.

⁵⁹ *Kamerstukken II* 2007/08, 31 354, nr. 3, p. 12.

⁶⁰ *Ibid.*

⁶¹ Op de vraag wanneer er sprake is van een overheidsbedrijf zullen wij in dit artikel niet ingaan. Art. 25g Mededingingswet omschrijft wanneer er sprake is van een overheidsbedrijf. Zie hiervoor verder E.A. VAN DE KUILEN en D. VAN TILBORG, “De Wet Markt & Overheid: Over de bevoordeling van overheidsbedrijven en de mogelijkheid om de gedragsregels niet te hoeven naleven”, *Gst.* 2011/70.

⁶² Ministerie van EL&I, Handreiking Wet Markt en Overheid, 1 juli 2012, p. 6.

⁶³ Verordening (EG) nr. 1998/2006 van de Commissie, 15 december 2006 betreffende toepassing van de artikelen 87 en 88 van het Verdrag op de de-minimissteun (*Pb.L.* 379). Voor meer informatie over steunmaatregelen zie onder andere D. VAN TILBORG en S. BAKHTARI (red.), *De markt(on)macht van de overheid. De overheid als opdrachtgever, ondernemer, financier en marktmeester (Serie voor de rechtspraak)*, Deventer, Den Hollander, 2013.

⁶⁴ Art. 25h, lid 6 Mededingingswet.



economische activiteit uitoefent, en geen van de uitzonderingen zich voordoet. In dat geval moet de betreffende overheid de volgende vier gedragsregels in acht nemen om het gelijke speelveld tussen overheden en ondernemingen te waarborgen:

a) *Gedragsregel 1: verplichting om de integrale kostprijs in rekening te brengen*

De gedragsregel die in de praktijk tot de meeste problemen blijkt te leiden, is deze gedragsregel, die de overheid verplicht de integrale kosten door te berekenen aan de consument.⁶⁵

Bij het uitvoeren van een economische activiteit dient de overheid zodanige prijzen vast te stellen dat deze activiteiten ten minste kostendekkend worden uitgevoerd. Handvatten om de integrale kosten te kunnen bepalen worden gegeven in het Besluit Markt en Overheid.⁶⁶ In artikel 3 van dit Besluit is opgenomen dat doorberekening van de integrale kosten dient plaats te vinden op grond van “consequent toegepaste en objectief te rechtvaardigen bedrijfseconomische principes, met dien verstande dat de kosten worden berekend met toepassing van een stelsel van baten en lasten”.

De volgende drie stappen zijn vereist bij het toepassen van een integrale kostentoerekening:

- a) allereerst dient de overheid vast te stellen ten aanzien van welke goederen of diensten de kostendoorberekening moet worden toegepast;
- b) de overheid dient te bepalen welke kosten gemoeid zijn met het leveren van die goederen of het verrichten van die diensten;
- c) tot slot dienen deze kosten te worden toegerekend aan die goederen en/of diensten.

In paragraaf III.B.2 van dit artikel zijn de algemene uitzonderingen op de toepassing van de Wet M&O opgenomen. De Wet M&O bevat echter nog enkele aanvullende uitzonderingen die specifiek voor deze eerste gedragsregel gelden⁶⁷:

- a) de economische activiteiten strekken ter uitoefening van een bijzonder of uitsluitend recht (in de zin van art. 106 VWEU);
- b) de economische activiteiten houden het verstrekken van gegevens (of gegevensbestanden) in die het bestuursorgaan heeft verkregen in het kader van de uitoefening van zijn publiekrechtelijke bevoegdheden;
- c) de economische activiteiten worden verricht door een onderneming die belast is met de uitvoering van de Wet sociale werkvoorziening, voor zover op deze activiteiten artikel 5 van die wet van toepassing is.

b) *Gedragsregel 2: verbod van bevoordeling van een overheidsbedrijf*

Op grond van deze gedragsregel is het de overheid verboden om een overheidsbedrijf te bevoordelen boven een onderneming waarmee het overheidsbedrijf in concurrentie treedt. Het is de overheid evenmin toegestaan een dergelijk overheidsbedrijf voordelen te verstrekken die verder gaan dan in het normale handelsverkeer gebruikelijk is.⁶⁸

De Handreiking Wet Markt en Overheid voorziet in een algemeen kader om vast te stellen of er sprake is van een niet-toegestane bevoordeling van een overheidsbedrijf. Hier wordt aangesloten bij enkele van de vereisten die gelden voor het verbod op staatssteun:

- a) er is sprake van een (directe of indirecte) toekenning van staatsmiddelen;
- b) het gaat om een niet-marktconform voordeel;
- c) er is selectiviteit in het spel.⁶⁹

Artikel 25j, lid 2 Mededingingswet noemt twee situaties waarbij er in elk geval sprake zou zijn van ongeoorloofde bevoordeling. Uit dit artikel volgt dat het niet is toegestaan om het overheidsbedrijf op de volgende wijzen te bevoordelen:

- a) het toestaan van het gebruik door het overheidsbedrijf van de naam en het beeldmerk van de publiekrechtelijke rechtspersoon op een wijze die bij het publiek verwarring kan geven over de herkomst van goederen en diensten;
- b) het leveren van goederen aan, het verrichten van diensten voor en het ter beschikking stellen van middelen aan het overheidsbedrijf tegen een vergoeding die lager is dan de integrale kosten.⁷⁰

Naast de algemene uitzonderingen die wij in paragraaf III.B.2 van dit artikel bespraken, gelden ook ten aanzien van deze gedragsregel nog enkele specifieke uitzonderingen⁷¹:

- a) de bevoordeling houdt verband met economische activiteiten ter uitvoering van een bijzonder of uitsluitend recht (in de zin van art. 106 VWEU);
- b) de bevoordeling wordt verstrekt aan een onderneming die belast is met de uitvoering van de Wet sociale werkvoorziening. Deze uitzondering is slechts van toepassing indien artikel 5 van deze wet in acht is genomen.

c) *Gedragsregel 3: verbod op exclusief gegevensgebruik*

Deze gedragsregel brengt in de kern met zich mee dat gegevens die een overheid verkrijgt in het kader van de uitoefening van haar publieke taak, uitsluitend mogen worden gebruikt voor economische activiteiten indien die gegevens ook aan derden (andere ondernemingen) ter beschikking kunnen worden gesteld.⁷²

⁶⁵ Besluit ACM 29 mei 2015 in zaak 15.0303.29, Besluit ACM 24 augustus 2015 in zaak 15.0723.29, Besluit ACM 29 oktober 2015 in zaak 15.0333.29, Besluit ACM 10 december 2015 in zaak 15.0722.29 en 19 januari 2016 in zaak 15.0720.29.

⁶⁶ Zie meer in het bijzonder art. 3-8 Besluit Markt en Overheid.

⁶⁷ Art. 25i, lid 2 sub a-c Mededingingswet.

⁶⁸ Art. 25j Mededingingswet.

⁶⁹ Ministerie van EL&I, Handreiking Wet Markt en Overheid, p. 37.

⁷⁰ Art. 25j, lid 2, sub a en b Mededingingswet.

⁷¹ Art. 25j, lid 3, sub a en c Mededingingswet.

⁷² Kamerstukken II 2007/08, 31 254, nr. 3, p. 40 en Handreiking Wet Markt en Overheid, p. 39.



Het gebruik van gegevens waar de overheid over beschikt krachtens haar publiekrechtelijke bevoegdheden ten behoeve van economische activiteiten kan immers een oneigenlijk concurrentievoordeel opleveren voor de overheid. Indien derden derhalve geen toegang hebben tot deze gegevens op een open markt, is het de overheid niet toegestaan deze gegevens aan te wenden voor de uitoefening van haar economische activiteiten.

d) *Gedragsregel 4: functiescheiding uitoefening publiekrechtelijke bevoegdheden en economische activiteiten*

Met deze gedragsregel wordt beoogd te voorkomen dat dezelfde personen zowel betrokken kunnen zijn bij de uitoefening van een publiekrechtelijke bevoegdheid als bij het verrichten van economische activiteiten om (een schijn van) belangenverstrengeling te voorkomen. Een voorbeeld hiervan zou kunnen worden gevonden in het verlenen van noodzakelijke vergunningen of ontheffingen. In dat geval kan een functiescheiding worden bewerkstelligd door de verschillende activiteiten (verstrekking van vergunning en uitvoeren van economische activiteit) in verschillende organisatorische eenheden onder te brengen. Indien het aanbrengen van een dergelijke functiescheiding niet mogelijk is door bijvoorbeeld de omvang van de organisatie, dient de functiescheiding in elk geval op het niveau van de individuele betrokkene te worden gerealiseerd. Een manier waarop dit kan worden gerealiseerd, is door het hanteren van een duidelijke omschrijving van de administratieve organisatie.⁷³

C. Recente ontwikkelingen

Nu wij in hoofdlijnen de Wet M&O hebben uiteengezet, komen we aan bij de recente ontwikkelingen ten aanzien van deze wet. Bij de inwerkingtreding van de wet is bepaald dat de minister van Economische Zaken binnen drie jaar na de inwerkingtreding van de wet een evaluatie moet verrichten. Deze Evaluatie, gepubliceerd op 7 juni 2016, was aanleiding voor diverse partijen om de huidige stand van zaken in de markt te onderzoeken.

1. Sectorstudies ACM

Zo publiceerde de handhaver van de Wet M&O, de ACM, op 9 maart 2015 "Sectorstudies Markt en Overheid".⁷⁴ Deze sectorstudies zagen op de exploitatie van sportaccommodaties, de exploitatie van parkeergarages en de inzameling van bedrijfsafval. Een veelgehoorde klacht die in dit onderzoek naar voren kwam, is dat marktpartijen veel gedragingen ervaren als oneerlijke concurrentie die *niet* onder het toepassingsbereik van de Wet M&O valt.⁷⁵ Deze klachten zagen onder andere op aan-

besteding en inbesteding van gemeenten. Deze klachten kwamen duidelijk naar voren bij de exploitatie van parkeergarages.⁷⁶ Hier speelt inbesteding een rol, maar ten aanzien van aanbestedingen was er ook een veel gehoorde klacht. Er vindt rolvermenging plaats bij aanbestedingen waar gemeenten zowel de aanbesteding uitschrijven als hierop inschrijven. Deze klacht kunnen wij niet helemaal plaatsen, nu in het aanbestedingsrecht geldt dat er een open, transparante procedure moet worden gehouden waarbij het gelijkheidsbeginsel in acht moet worden genomen. Het bevoordelen van eigen overheidsbedrijven of eigen inschrijvingen moet daarbij niet mogelijk zijn. Een nadere toelichting in de Sectorstudies was dan ook gewenst.

2. Initiatiefnota leden Ziengs en Verhoeven

Niet alleen de ACM heeft deze klachten ten aanzien van inbesteding gesignaleerd. Op 14 oktober 2015 hebben de leden Ziengs en Verhoeven uit de Tweede Kamer anticiperend op de evaluatie van de Wet M&O een Initiatiefnota ingediend. De conclusie die wordt getrokken in de Initiatiefnota komt er kort gezegd op neer dat de Wet M&O op dit moment ondernemers te weinig bescherming biedt tegen oneerlijke concurrentie door de overheid.⁷⁷

In de Initiatiefnota worden de volgende knelpunten geconstateerd:

1. Reikwijdte Wet Markt en Overheid

Veel klachten over de Wet M&O blijken niet onder de reikwijdte van de wet te vallen. Het blijkt dan namelijk te gaan om activiteiten die niet als 'economische activiteiten' kunnen worden gekwalificeerd, zoals inbestedingen, andere overheidstaken, aanbestedingen of subsidies, of omdat een van de wettelijke uitzonderingen van toepassing is.

2. Systeem van klachten achteraf en juridische mogelijkheden werkt niet

Ondernemers klagen niet (vaak) genoeg bij de ACM. Redenen hiervoor zijn dat ondernemers verwachten dat het indienen van een klacht niet tot oplossingen leidt, dat de procedure lang duurt en veel energie kost, en dat men de relatie met de overheid als (mogelijke) klant niet wil schaden.⁷⁸

3. Kostentoerekening

Ondernemers kunnen niet goed beoordelen in hoeverre de kostentoerekening op een juiste wijze geschiedt. Overheden bezitten vaak gebouwen of materialen die mede worden aangewend om in concurrentie met bedrijven economische activiteiten te ontwikkelen. In hoeverre de kosten van deze bezittingen ook worden meegenomen in de kostprijs is lastig te doorgronden voor ondernemers.

4. Algemeen belang

Overheden hebben na de inwerkingtreding van de Wet M&O op grote schaal besluiten genomen op grond waarvan de door hen verrichte economische activiteiten in het algemeen belang worden voortgezet. Als gevolg daarvan is

⁷³ *Kamerstukken II 2007/08*, 31 354, nr. 3, p. 40-41 en Handreiking Wet Markt en Overheid, p. 39 en 40.

⁷⁴ ACM, Sectorstudies Markt en Overheid. Een onderzoek naar de gevolgen van de Wet Markt en Overheid voor de exploitatie van sportaccommodaties, de exploitatie van parkeergarages en de inzameling van bedrijfsafval door gemeenten, gepubliceerd op 9 maart 2015 op de website van de ACM.

⁷⁵ *Ibid.*, p. 4.

⁷⁶ *Ibid.*, p. 25 en 26.

⁷⁷ *Kamerstukken II 2015/16*, 34 316, nr. 2, p. 1.

⁷⁸ *Kamerstukken II 2015/16*, 34 316, nr. 2, p. 4.



de Wet M&O niet meer van toepassing en kan de ACM niet meer toetsen of in overeenstemming met deze wet wordt gehandeld.

5. Ontbreken wettelijk kader voor inbesteden

Als gevolg van de Wet M&O blijken overheden steeds meer activiteiten te gaan inbesteden. Doordat de wet pas van toepassing is vanaf het moment dat de overheid economische activiteiten uitoefent, gelden de gedragsregels niet voor inbestedingen. Voor de kwalificatie van een economische activiteit is immers vereist dat er goederen en diensten worden aangeboden op *de markt*. Bij inbesteden is hier geen sprake van. De activiteiten worden immers niet uitgevoerd voor derden in concurrentie met marktpartijen, maar voor de eigen organisatie. In de Initiatiefnota wordt in aanvulling hierop wel opgemerkt dat er een risico bestaat dat overheidsbedrijven na het besluit tot inbesteden als volgende stap wel de markt op gaan. Op dit knelpunt en de voorgestelde oplossingen hiervoor zullen wij in paragraaf III.D dieper ingaan.

6. Onderwijs

Het knelpunt ten aanzien van het onderwijs luidt dat op dit moment een gelijk speelveld voor publiek en privaats onderwijs ontbreekt doordat onderwijsinstellingen uitgezonderd zijn van de werking van de Wet M&O. Private onderwijsinstellingen die niet onder artikel 25h Mededingingswet vallen, ondervinden hier een verstoring van de concurrentie.

In de Initiatiefnota worden voorts enkele oplossingen gepresenteerd voor deze knelpunten. Wij zullen in de paragrafen III.C.3 en III.C.4 slechts dieper ingaan op de oplossingen die zijn geboden die zien op het vijfde knelpunt: het ontbreken van een wettelijk kader voor inbesteden.

3. Zwartboek 'Naar een nieuwe Wet markt en overheid'

Op 9 december 2015 hebben het VNO-NCW⁷⁹ en MKB-Nederland het Zwartboek 'Naar een nieuwe Wet markt en overheid' gepubliceerd.⁸⁰

Ook in dit Zwartboek is kritiek geuit op de huidige Wet M&O. Als directe aanleiding voor het Zwartboek wordt het disfunctioneren van de Wet M&O genoemd. Net als in de Initiatiefnota worden in dit Zwartboek knelpunten benoemd die grotendeels overeenkomen met de knelpunten uit de Initiatiefnota:

1. *De algemeen belang uitzondering stelt de toepassing van de Wet Markt en Overheid geheel buiten werking. Overheden maken daar grif gebruik van.*
2. *Er geldt geen enkele voorwaarde of beperking voor overheden die besluiten om niet meer aan te besteden, maar activiteiten in eigen beheer uit te voeren (inbesteden).*

⁷⁹ VNO-NCW staat voor het Verbond van Nederlandse Ondernemingen en het Nederlands Christelijk Werkgeversverbond.

⁸⁰ VNO-NCW en MKB-Nederland, Zwartboek: Naar een nieuwe Wet markt en overheid, december 2015. https://www.mkb.nl/sites/default/files/151209_zwartboek Markt_en_overheid.pdf.

3. Zorgvuldige besluitvorming over markttoetreding ontbreekt.

4. Publiek bekostigde onderwijsinstellingen zijn in het geheel uitgezonderd van de wet.⁸¹

Dat het als een probleem wordt ervaren dat inbesteden niet onder het toepassingsbereik van de wet valt, is eveneens uit de Sectorstudies van de ACM en de Initiatiefnota van de leden Ziengs en Verhoeven gebleken. Het Zwartboek voorziet in enkele treffende voorbeelden waarin ondernemers buitenspel worden gezet door het inbesteden van activiteiten die op een gelijke wijze door de markt kunnen worden opgepakt:

- Inbesteding scan- en digitaliseringswerkzaamheden Belastingdienst verdringt scanbedrijven;
- Gemeente Amsterdam besteedt bhv-opleidingen niet meer aan;
- Bezuinigingen op het gevangeniswezen leiden tot verdringing van private beveiligingsbedrijven;
- Aan de overheid gerelateerde organisaties verstikken ondernemerschap op innovatiemarkt met subsidiegelden; en
- Rijksschoonmaakbedrijf duwt schoonmaakondernemers uit de markt.

De geluiden vanuit de markt tonen dan ook aan dat de Wet M&O hier daadwerkelijk tekortschiet. Ten aanzien van dit tweede knelpunt wordt dan ook voorgesteld een verplicht toe te passen besliskader in te voeren. Overheden die zelf de markt willen betreden of willen inbesteden, moeten vooraf stappen doorlopen. Eén van deze stappen is het raadplegen van de markt, zodat kan worden bepaald of inbesteding wel noodzakelijk en redelijk is. De handhaver van de Wet M&O, de ACM, zou moeten toetsen of het besliskader daadwerkelijk is doorlopen.⁸² Welk besliskader moet worden gehanteerd, en hoe dit kader eruit moet komen te zien, is niet uitgewerkt in het Zwartboek. Ook in de Initiatiefnota wordt hier verder geen aandacht aan geschonken. Het is belangrijk om een dergelijk besliskader goed uit te werken; wij achten het namelijk onwaarschijnlijk dat marktpartijen in een marktconsultatie geen bezwaren zullen hebben tegen inbesteding. Onze inschatting is dat marktpartijen altijd naar voren zullen brengen dat de markt zelf in staat is een bepaalde activiteit uit te voeren en dat inbesteding hiermee dus niet noodzakelijk is.

4. Evaluatie Wet Markt & Overheid en de Beleidsreactie van de minister

Hoe de minister met dit Zwartboek en met de Initiatiefnota om is gegaan, blijkt uit zijn Beleidsreactie op de Evaluatie van de Wet M&O, die op 7 juni 2016 is gepubliceerd.⁸³ Het is lang wachten geweest op de uitkomsten van de Evaluatie en de Beleidsreactie op deze evaluatie. Op 12 oktober 2015 heeft de mi-

⁸¹ VNO-NCW en MKB-Nederland, Zwartboek: Naar een nieuwe Wet markt en overheid, december 2015, p. 2.

⁸² VNO-NCW en MKB-Nederland, Zwartboek: Naar een nieuwe Wet markt en overheid, december 2015, p. 3.

⁸³ *Kamerstukken II* 2015/16, 34 487 nr. A.



nister van Economische Zaken in een brief aan de Eerste Kamer kenbaar gemaakt dat de resultaten van de evaluatie van de Wet M&O en een voorstel ten aanzien van de toekomst van de Wet M&O naar verwachting eind 2015 naar de Eerste Kamer zouden worden gestuurd.⁸⁴ Met de nodige vertraging is de Evaluatie uiteindelijk op 7 juni 2016 gepubliceerd. De minister is hierin direct ingegaan op de Initiatiefnota en de gevolgen hiervan voor de Wet M&O. In dat kader zullen wij in de volgende paragraaf dieper ingaan op de voorgestelde oplossingen en de reactie van de minister daarop ten aanzien van het ontbreken van een wettelijk kader voor inbesteden.

Eerst zullen wij echter kort ingaan op de uitkomsten van de Evaluatie en de conclusies die hieraan zijn verbonden in de Beleidsbrief van de minister ten aanzien van de algemeen-belang-uitzondering en de problematiek rondom het inbesteden.

De Evaluatie bevestigt grotendeels wat al eerder in de Sectorstudies van de ACM, de Initiatiefnota en het Zwartboek werd geconstateerd. Zo komen de in de Evaluatie genoemde sectoren waarin ongelijkheid wordt ervaren tussen ondernemers en de overheid, overeen met de sectoren genoemd in de Sectorstudies van de ACM, de Initiatiefnota en het Zwartboek. Ook wordt in de Evaluatie het probleem geconstateerd dat veel decentrale overheden een beroep doen op de algemeen-belang-uitzondering.⁸⁵ Hierbij wordt geconstateerd dat de bredere doelstelling van de wet, namelijk het voorkomen van een concurrentievervalsing doordat de overheid actief is op de markt, wordt ondergraven doordat overheden met name handelen vanuit hun wensen en behoeften als zij een algemeen-belang-besluit nemen ten aanzien van een bepaalde activiteit. De minister signaleert dit probleem en stelt vast dat er iets moet veranderen aan de algemeen-belang-uitzondering. In de Beleidsbrief gaat hij hierbij in op de Initiatiefnota van Ziengs en Verhoeven en de zogenoemde ‘nee, tenzij-uitzondering’. De noodzakelijkheids- en proportionaliteitstoets is echter lastig uit te voeren en een verbodsstelsel gaat verder dan nodig om ongelijke concurrentie tussen ondernemingen en overheden te voorkomen. Toch is de minister het in zoverre wel eens met de gedachte achter de Initiatiefnota, namelijk dat er iets moet veranderen aan de algemeen-belang-uitzondering. De minister zal de komende maanden in gesprek gaan met stakeholders over een wijziging van de algemeen-belang-uitzondering.

Ook wordt in de Evaluatie bevestigd dat er veel irritaties bestaan over het leerstuk ‘inbesteden’. Dit leerstuk valt echter buiten het toepassingsbereik van de Wet M&O. Als gevolg hiervan gaat de Evaluatie niet veel verder in op deze problematiek. Dit is jammer, nu het leerstuk van inbesteding wel daadwerkelijk als een probleem wordt ervaren. Doordat de minister de ‘nee, tenzij-uitzondering’ afwijst ten aanzien van de algemeen-belang-uitzondering, is het direct duidelijk dat dit ook geen veranderingen met zich mee zal brengen ten aanzien van de problematiek rondom inbesteden. Dat blijkt ook uit de

conclusie van de minister, namelijk dat hij niet de indruk heeft dat overheden stelselmatig ten onrechte opdrachten inbesteden. Het is hiermee dus duidelijk dat de minister niet voornemens is de problematiek in het kader van de evaluatie van de Wet M&O aan te kaarten. Wij zullen in de volgende paragraaf nader ingaan op deze problematiek.

D. *Probleem inbesteden en oplossingen Initiatiefnota*

Uit paragraaf III.B.1 van dit artikel is gebleken dat de Wet M&O slechts van toepassing is indien de overheid een economische activiteit uitoefent. Onder economische activiteit wordt in dat kader verstaan “het aanbieden van goederen of diensten aan derden op een bepaalde markt”.⁸⁶ In aanvulling hierop heeft het Hof van Justitie in het *FENIN*-arrest geoordeeld dat het inkopen van goederen of diensten door een entiteit die geen goederen of diensten aanbiedt op een markt, niet aangemerkt kan worden als het verrichten van economische activiteiten als ondernemer.⁸⁷ Het gaat dus echt om het aanbieden van goederen of diensten op een markt.

Hiervan is bij inbesteding geen sprake. De overheid koopt in een dergelijk geval goederen of diensten in bij een andere overheidsorganisatie dan wel overheidsbedrijf. Als gevolg hiervan is de Wet M&O niet van toepassing.

Zoals gebleken uit de geluiden uit de markt, wordt het ontbreken van een wettelijk kader als een probleem ervaren doordat steeds meer opdrachten die normaal gezien door marktpartijen worden uitgevoerd, door de overheid zelf worden uitgevoerd. Indien deze trend zich voortzet, verdwijnen steeds meer overheidsopdrachten van de markt, met als slachtoffer de ondernemer.

De oplossing die in de Initiatiefnota door de leden Ziengs en Verhoeven wordt geopperd, luidt dat ook besluiten tot inbesteding onder de Wet M&O zouden moeten vallen. Om dit te bereiken, moet volgens hen de wet worden uitgebreid met een hoofdstuk over verplichte toepassing bij inbestedingsbesluiten. Hierbij moet dan het uitgangspunt van “nee, tenzij” komen te gelden, waarbij overheden vooraf een marktconsultatie moeten uitvoeren om te toetsen of inbesteding wel noodzakelijk en proportioneel is.⁸⁸

Deze “nee, tenzij”-regel houdt in dat overheden in beginsel geen economische activiteiten zouden mogen uitvoeren die ook door private partijen kunnen worden aangeboden. De gedachte achter dit beginsel is dat ondernemers economische activiteiten efficiënter en beter voor hun rekening zouden kunnen nemen. In dat kader wordt in de Initiatiefnota voorgesteld om overheden in geval van het borgen van publieke belangen via het aanbieden van economische activiteiten, gebruik te laten maken van andere instrumenten zoals een aanbesteding met daarinbinnen specifieke eisen of via een subsidieregeling.⁸⁹

In de kern voorziet deze regeling in een oplossing voor het probleem dat ook door VNO-NCW en MKB-Nederland is

⁸⁴ Kamerbrief Eerste Kamer over reactie op evaluatie Wet Markt en Overheid, 12 oktober 2015.

⁸⁵ Zo'n 90% van de in de Evaluatie bevraagde gemeenten gaven aan gebruik te maken van deze uitzondering. Evaluatie Wet Markt & Overheid 2012-2015, p. 39.

⁸⁶ *Kamerstukken II* 2007/08, 31 354, nr. 3, p. 31.

⁸⁷ GvEA EG 4 maart 2003, nr. T-199/99, *FENIN*, r.o. 36-37.

⁸⁸ *Kamerstukken II* 2015/16, 34 316, nr. 2, p. 6.

⁸⁹ *Kamerstukken II* 2015/16, 34 316, nr. 2, p. 5.



aangekaart in het Zwartboek; overheden kunnen niet meer zo-
maar overheidsopdrachten van de markt halen die ook door
ondernemers kunnen worden opgepakt.

Met deze regel zal echter een fundamentele wijziging wor-
den doorgevoerd in het uitgangspunt dat het een overheid in
beginsel vrij staat economische activiteiten uit te voeren. Het
is de vraag of overheden deze inbreuk op hun autonomie zul-
len accepteren. Voorts is het de vraag of een dergelijke rege-
ling, die inbestedingen onder het toepassingsbereik van de
Wet M&O brengt, wel in de Wet M&O thuis hoort. Uit de Eva-
luatie van de Wet M&O en de daaropvolgende Beleidsreactie
van de minister lijkt te volgen dat het antwoord op deze vragen
'nee' moet luiden.

Het leerstuk inbesteden is, zoals in het eerste deel van deze
bijdrage besproken, een aanbestedingsrechtelijk leerstuk. Om
die reden lijkt deze regeling eerder een plaats te moeten krijgen
in de Aanbestedingswet dan in de Wet M&O om versnippe-
ring van de aanbestedingsregelgeving te voorkomen.

Voorts wordt in de Initiatiefnota niet ingegaan op de ge-
volgen van de voorgestelde regeling voor de toepassing van het
leerstuk van inbesteding in het kader van de Nederlandse
Aanbestedingswet. Gelet op de eerder besproken oorsprong
van het leerstuk van inbesteding, had het wel op de weg van de
leden Ziengs en Verhoeven gelegen om hier aandacht aan te
besteden in de Initiatiefnota. Met name nu in de nieuwe Aan-
bestedingsrichtlijn 2014/24/EU een ruimere toepassing van
het leerstuk van inbesteding mogelijk is gemaakt. Artikel 12
van deze Richtlijn bevat juist meer mogelijkheden tot inbeste-
ding. De voorgestane inperking van de bevoegdheid tot inbe-
steding door de leden Ziengs en Verhoeven en de verruiming
van de mogelijkheid tot inbesteding die uit Richtlijn 2014/24/
EU volgt, stroken derhalve niet met elkaar. Ook hier is geen
aandacht aan geschonken in de Initiatiefnota.

Concluderend kan worden gesteld dat de in de Initiatief-
nota voorgestelde oplossing ten aanzien van de inbestedings-
problematiek in de kern ook daadwerkelijk als een oplossing
zou kunnen worden gezien. Er is dus wel degelijk een probleem
waar de minister in zijn Beleidsbrief niet op ingaat. Of een op-
lossing voor dit probleem echter thuis hoort in de Wet M&O is
een tweede. In zoverre zijn wij het dus eens met de conclusies
uit de Evaluatie. Ten eerste kan worden getwijfeld aan de be-
reidwilligheid van overheden om hun autonomie ten aanzien
van het uitoefenen van economische activiteiten op te geven.
Ten tweede had in de Initiatiefnota meer aandacht besteed
moeten worden aan de plaats van de regeling in de Wet M&O,
nu het leerstuk van inbesteden een aanbestedingsrechtelijk
leerstuk is en een plaats in de Aanbestedingswet logischer zou
zijn geweest. Ten derde is het de vraag of deze beperking van
de bevoegdheid tot inbesteding zich wel verhoudt tot de ver-
ruiming van de mogelijkheid tot inbesteding in Richtlijn
2014/24/EU.

E. Conclusie

In dit onderdeel van de bijdrage hebben wij de werking van de
Wet M&O besproken en door de markt geconstateerde tekort-

komingen in de werking van de Wet M&O. De voor het aanbe-
stedingsrecht in het oog springende tekortkoming ziet op de
reikwijdte van de Wet M&O, als gevolg waarvan inbesteden
buiten het toepassingsbereik van de wet valt. Ten aanzien van
dit knelpunt zijn in de Initiatiefnota van de leden Ziengs en
Verhoeven en het Zwartboek 'Naar een nieuwe Wet markt en
overheid' oplossingen aangedragen om dit knelpunt te onder-
vangen.

Deze oplossing ziet op een "nee, tenzij"-uitgangspunt dat
inhoudt dat overheden in beginsel geen economische activitei-
ten mogen uitoefenen als deze ook door private partijen kun-
nen worden aangeboden. De overheid dient de noodzaak en de
proportionaliteit van inbesteden in een dergelijk geval te toet-
sen aan de hand van een marktconsultatie.

Minister Kamp heeft deze oplossing in zijn Beleidsbrief na
de Evaluatie van de Wet M&O (terecht) afgeschoten. Hoewel
de voorgestelde regeling wel een oplossing had kunnen vor-
men voor het verdwijnen van overheidsopdrachten van de
markt, zou het de vraag zijn geweest of overheden bereid zou-
den zijn hun autonomie ten aanzien van het uitoefenen van
economische activiteiten op te geven. Daarnaast kan in twijfel
worden getrokken of de Wet M&O wel de juiste plaats zou zijn
geweest voor een regeling betreffende inbesteden. In de kern is
dit immers een aanbestedingsrechtelijk leerstuk.

