

JURIDISCH KADER

Deze bijlage bevat algemene informatie omtrent het (nationale) subsidierecht en (Europese) aanbestedingsrecht. Meer specifiek zal dit in juridisch kader worden ingegaan op de relevant wetgeving met betrekking tot de bekostiging van gecertificeerde instellingen (hierna: 'GI's') die jeugdbescherming en jeugdreclassering (hierna: 'JB/JR') aanbieden.

Gemeenten zijn aanbestedende diensten in de zin van de Aanbestedingswet 2012 (hierna: de "**Aanbestedingswet**")¹ en Richtlijn 2014/24/EU (hierna: de "**Aanbestedingsrichtlijn**")². Een gemeente zal de bekostiging van GI's voor het verlenen van JB/JR-diensten dienen aan te besteden, indien sprake is van een overheidsopdracht, de toepasselijke drempelwaarde wordt overschreden en geen uitzondering op de aanbestedingsplicht van toepassing is. Dit betekent in het spiegelbeeld dat géén aanbestedingsplicht geldt indien geen sprake is van een overheidsopdracht (maar van een zuivere subsidie), de toepasselijke drempelwaarde niet wordt overschreden of als een uitzondering op de aanbestedingsplicht van toepassing is. Daarom zal deze bijlage ingaan op de volgende vragen om vast te stellen onder welke voorwaarden de bekostiging van JB/JR aanbestedingsplichtig is:

1. Wanneer is sprake van een subsidie en/of een overheidsopdracht voor diensten?
2. Wat is de toepasselijke drempelwaarde en welke aanbestedingsprocedure is bij overschrijding van die drempelwaarde voorgeschreven indien sprake is van een overheidsopdracht?
3. Welke uitzonderingen op de aanbestedingsplicht zijn van toepassing op overheidsopdrachten voor het verlenen van jeugdbescherming en/of jeugdreclassering die de toepasselijke drempelwaarde overschrijden?

In deze bijlage zal geen antwoord worden gegeven op de vraag of de bekostiging van JB/JR-voorzieningen in elk geval aanbestedingsplichtig is. Dit antwoord is immers afhankelijk van de wijze waarop een gemeente beleidsmatig gezien besluit om de JB/JR voorzieningen in haar gemeente vorm te geven. Het beantwoorden van die vraag in algemene zin zou ook indruisen tegen het uitgangspunt van de wetgever om de keuze tussen een subsidie of overheidsopdracht alsmede de wenselijkheid om gebruik te maken van een uitzondering op

¹ De Aanbestedingswet is per 1 juli 2016 gewijzigd ter implementatie van de Aanbestedingsrichtlijn en de Concessierichtlijn.

² De Aanbestedingsrichtlijn is van toepassing per 18 april 2016.

de aanbestedingsplicht over te laten aan de gemeenten zelf.

1. Wanneer is sprake van een overheidsopdracht voor diensten?

- 1.1. Artikel 1.1 Aanbestedingswet 2012 bepaalt dat een overheidsopdracht voor diensten is: (i) een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel, die (ii) tussen één of meer ondernemingen en (iii) één of meer aanbestedende diensten is gesloten en (iv) die betrekking heeft op de verlening van diensten.
- 1.2. Dat er een schriftelijke overeenkomst wordt gesloten tussen een aanbestedende dienst (gemeente) en een onderneming (GI) die betrekking heeft op het leveren van diensten staat niet ter discussie. Aan die voorwaarden zal zijn voldaan, ook indien de gemeenten een subsidie verstrekken aan een GI kan immers gebruik gemaakt worden van een subsidieovereenkomst.
- 1.3. Echter, om te kunnen spreken van een overheidsopdracht geldt een belangrijk aanvullend vereiste, zoals ook kan worden gelezen onder het eerste vereiste zoals hiervoor genoemd. Er moet sprake zijn van een overeenkomst onder bezwarende titel.
- 1.4. Of een overeenkomst 'onder bezwarende titel' is gesloten, is afhankelijk van de vraag of de aanbestedende dienst een prijs betaalt of een andersoortige economische tegenprestatie verstrekt. Met andere woorden, de aanbestedende dienst dient voor een prestatie een tegenprestatie te betalen en deze prestatie dient een rechtstreeks economisch belang voor de aanbestedende dienst in te houden.³ Een dergelijk rechtstreeks economisch belang kan verschillende vormen aannemen, in die zin dat de prestatie aan de aanbestedende dienst niet noodzakelijkerwijs hoeft te bestaan uit het leveren van een materieel of fysiek voorwerp. Een dienst (waar de aanbestedende dienst verantwoordelijk voor is) die wordt verricht in opdracht van de aanbestedende dienst kan derhalve ook kwalificeren als een overeenkomst onder bezwarende titel volgens het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden.⁴ Artikel 1 lid 2 Aanbestedingswet verduidelijkt expliciet dat het aanbestedingsrecht van toepassing is ongeacht de bestemming van de leveringen, diensten of werken.
- 1.5. Daarnaast is kenmerkend dat de prestatie afdwingbaar moet zijn.⁵ De bedongen prestatie moet derhalve daadwerkelijk afgedwongen kunnen worden. Het is daarbij

³ HvJ EG 12 juli 2001, zaak C-399/98 (*La Scala*), r.o. 77, HvJ EU 25 maart 2010, zaak C-451/08 (*Helmut Muller*), HvJ EU 15 juli 2010, zaak C-271/08 (*Commissie/Duitsland*), r.o. 75. Maar ook (o.a.) Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 8 april 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:2878, r.o. 4.1.

⁴ Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 8 april 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:2878, r.o. 4.2.

⁵ HvJ EU 25 maart 2010, zaak C-451/08 (*Helmut Muller*).

DATUM 11 juli 2017

ONS KENMERK

PAGINA 3 van 14

niet voldoende dat de gemeente bijvoorbeeld de subsidie intrekt die zij aanvankelijk heeft verstrekt middels een daartoe strekkende beschikking.

- 1.6. De aanwezigheid van een rechtstreeks economische belang en de afdwingbaarheid van de overeenkomst zijn derhalve essentiële elementen om te kunnen concluderen of sprake is van een overeenkomst onder bezwarende titel.
- 1.7. Ten aanzien van het rechtstreeks economisch belang is het niet vereist dat de aanbestedende dienst de uiteindelijke begunstigde is van de prestatie. De prestatie kan derhalve ook aan derden worden geleverd, terwijl nog steeds sprake is van een overeenkomst onder bezwarende titel.⁶
- 1.8. Tevens verdient vermelding dat een overeenkomst niet buiten het begrip van 'overheidsopdracht' kan vallen op de enkele grond dat de vergoeding op grond van die overeenkomst beperkt blijft tot de terugbetaling van de kosten die zijn gemaakt om de overeengekomen dienst te verrichten.⁷
- 1.9. Tot slot dient te gelden dat er nog steeds sprake kan zijn van een overeenkomst onder bezwarende titel ingeval een aanbestedende dienst een overeenkomst sluit wegens wettelijke verplichtingen. Bijvoorbeeld de plicht van gemeenten om huisafval in te zamelen die volgt uit de Wet Milieubeheer. Een dergelijke plicht op grond van de Wet Milieubeheer kan er niet toe leiden dat per definitie geen sprake is van een overeenkomst onder bezwarende titel (omdat deze plicht al in de wet is vastgelegd).⁸ Datzelfde geldt ons inziens ook in het kader van JR en JB waar de zorgplicht van de gemeenten uit de Jeugdwet volgt en waar certificeringeisen gelden voor GI's.
- 1.10. Het Hof oordeelt dan ook dat de (oude) Aanbestedingsrichtlijn(en) geen onderscheid maken tussen:

"overheidsopdrachten die door een aanbestedende dienst worden geplaatst ter vervulling van zijn taak om te voorzien in behoeften van algemeen belang, en die welke geen verband houden met deze taak. Dat een dergelijk onderscheid ontbreekt, wordt verklaard door het doel van deze richtlijnen, namelijk het risico uit te sluiten dat de aanbestedende diensten bij het plaatsen van een opdracht de voorkeur geven aan nationale inschrijvers of

⁶ HvJ EU 15 juli 2010, zaak C-271/08 (Commissie/Duitsland), r.o. 80.

⁷ HvJ EU 11 december 2014, zaak C-113/13, r.o. 37 en HvJ EU 19 december 2012, zaak C-159/11 (Lecce), r.o. 29.

⁸ Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 8 april 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:2878, r.o. 4.1-4.2.

*gegadigden.*⁹

- 1.11 Ook hier volgt derhalve uit dat het begrip 'overheidsopdracht' functioneel moet worden uitgelegd. Dit brengt met zich mee dat bij de beoordeling of sprake is van een overheidsopdracht moet worden gekeken naar de inhoud van de afspraken en niet zozeer de vorm. Ook als de financiering van de JR en JB wordt vormgegeven als een subsidie, kan daarnaast nog sprake zijn van een overheidsopdracht indien de door de gecertificeerde instellingen te verrichten prestaties afdwingbaar zijn.
- 1.12 Overweging 4 van de considerans van de Aanbestedingsrichtlijn verduidelijkt in dat kader nog:

"De aanbestedingsregels van de Unie zijn niet bedoeld om alle vormen van besteding van overheidsgeld te bestrijken, maar hebben uitsluitend betrekking op die vormen welke gericht zijn op de verkrijging van werken, leveringen of diensten tegen betaling door middel van een overheidsopdracht. (...) Bovendien valt het uitsluitend financieren, met name via subsidies, van een activiteit, waaraan vaak de verplichting is gekoppeld de ontvangen bedragen terug te betalen indien deze niet worden benut voor de beoogde doeleinden, doorgaans niet onder het toepassingsgebied van de aanbestedingsregels."

- 1.13 Op basis van het voorgaande kan worden geconcludeerd dat bij een 'klassieke' subsidie en een 'prestatiesubsidie' in beginsel geen sprake is van een overheidsopdracht. De prestatie, uitvoering van JR en JB, kan dan immers niet worden afgedwongen. De GI's verliezen in dat geval uitsluitend (een deel van) hun aanspraak op de subsidie. Zodra echter de gemeenten een subsidie verlenen aan een GI in de vorm van contractsubsidie, voldoet de te verstrekken financiële vergoeding ook aan de criteria van een overheidsopdracht.

2. Wat is de toepasselijke drempelwaarde en welke aanbestedingsprocedure is bij overschrijding van die drempelwaarde voorgeschreven indien sprake is van een overheidsopdracht?

- 2.1. JB/JR waren tot 18 april 2016 zogeheten '2B-diensten', waarvoor een bijzonder aanbestedingsregime gold.¹⁰ Dat bijzondere regime hield, samengevat, in dat alleen de voorschriften met betrekking tot de technische specificaties en de aankondiging

⁹ HvJ EU 15 juli 2010, zaak C-271/08 (Commissie/Duitsland), r.o. 73.

¹⁰ 2B-diensten zijn diensten die volgens de Europese wetgever geen bijdrage leveren aan de eenwording van de interne markt, omdat de diensten door nationale dienstverleners (moeten) worden uitgevoerd en in de regel cultureel bepaald zijn, zoals onderwijs, gezondheidszorg en maatschappelijke dienstverlening.

achteraf van de gegunde overheidsopdracht van toepassing waren.¹¹ Een aanbestedingsprocedure (in die zin dat de opdracht in concurrentie op de markt moet worden gezet) was bij het verstrekken van opdrachten voor 2B-diensten niet nodig, mits geen sprake was van een (duidelijk) grensoverschrijdend belang en artikel 1.4 Aanbestedingswet 2012 (oud) en de Gids Proportionaliteit in acht werden genomen.

2.2. Ter implementatie van de Aanbestedingsrichtlijn is de Aanbestedingswet gewijzigd (vanaf 1 juli 2016) en is het onderscheid tussen 2A- en 2B-diensten komen te vervallen. Een nieuw 'verlicht' regime werd geïntroduceerd voor "sociale en ander specifieke diensten" die een opdrachtwaarde van € 750.000,= te boven gaan. Onder dit verlichte regime vallen overheidsopdrachten voor het verlenen van JB/JR met een geraamde opdrachtwaarde boven € 750.000,=.¹²

2.3. Het verlichte regime wordt beschreven in artikel 74 e.v. Aanbestedingsrichtlijn. Artikel 75 is geïmplementeerd in de Nederlandse wetgeving door middel van artikel 2.39 Aanbestedingswet:

"De aanbestedende dienst die de procedure voor sociale en andere specifieke diensten toepast doorloopt de volgende stappen. De aanbestedende dienst:

- a. maakt een vooraankondiging of een aankondiging van de overheidsopdracht bekend;*
- b. toetst of de inschrijvingen voldoen aan de door de aanbestedende dienst gestelde technische specificaties, eisen en normen;*
- c. maakt een proces-verbaal van de opdrachtverlening;*
- d. kan de overeenkomst sluiten;*
- e. maakt de aankondiging van de gegunde overheidsopdracht bekend."*

2.4. Ten tijde van de implementatie van de Aanbestedingsrichtlijn heeft de Nederlandse wetgever ervoor gekozen om de procedure voor sociale en andere specifieke diensten slechts in te vullen met de verplichtingen die uit de Aanbestedingsrichtlijn voortvloeien.¹³ Die verplichtingen betreffen het aankondigen van een opdracht voor sociale en andere specifieke diensten met een waarde boven € 750.000,= (zie artikel 2.6a Aanbestedingswet) en de aankondiging van een gegunde opdracht.

¹¹ De procedure voor het gunnen van opdrachten voor 2B-diensten was neergelegd in artikelen 2.38 en 2.39 van de Aanbestedingswet vóór 1 juli 2016.

¹² Zie bijlage XIV Aanbestedingsrichtlijn. Om alle twijfel weg te nemen expliciteert artikel 2.38 lid dat alle overheidsopdrachten betreffende diensten voor gezondheidszorg en maatschappelijke dienstverlening vallen onder de categorie 'gezondheidszorg en maatschappelijke dienstverlening' (zijnde diensten die beginnen met de CPC-code 93).

¹³ MvT, Kamerstukken II 2015/16, 34329, 3, p. 11.

- 2.5. Het was (en is) de Nederlandse wetgever ook toegestaan om een bijzondere of aparte procedure te creëren voor het aanbesteden van overheidsopdrachten voor het verlenen van JB/JR teneinde rekening te houden met de specifieke kenmerken van deze diensten. Deze procedureregels dienen wel te voldoen aan de beginselen van het primaire EU recht en artikel 18 Richtlijn 2014/24/EU, zoals transparantie en gelijke behandeling en dienen aan gemeenten vrijheid te laten om rekening te houden met o.a. de kwaliteit, betaalbaarheid en beschikbaarheid van de diensten. Het voorgaande volgt uit artikel 76 Aanbestedingsrichtlijn:

"Lid 1. 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. Het staat de lidstaten 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."

"Lid 2. De lidstaten zorgen ervoor dat aanbestedende diensten rekening kunnen 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 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."

- 2.6. Het is mijns inziens echter niet toegestaan om – vooruitlopend op een aangekondigde wetwijziging – de huidige aanbestedingsplicht op te schorten tot aan het moment van wettelijke intrede van een wetwijziging. Immers, de aanbestedingsplicht voor opdrachten voor sociale en andere specifieke diensten (waar JR en JB onder vallen), volgt expliciet uit de Europese regelgeving, namelijk de Aanbestedingsrichtlijn c.q. de algemene beginselen van het primaire EU recht voorzover een duidelijk grensoverschrijdend belang aanwezig is. Het opschorten van de aanbestedingsplicht zou in strijd zijn met de voornoemde bepalingen uit de Aanbestedingsrichtlijn, als gevolg waarvan de Nederlandse staat in strijd zou handelen met Europees recht. Dit zou kunnen leiden tot een inbreukprocedure op grond van artikel 258 VWEU.
- 2.7. De waarde van een overheidsopdracht wordt geraamd op het tijdstip van verzending van de aankondiging of, indien de overheidsopdracht niet wordt aangekondigd, naar de waarde op het tijdstip waarop de procedure voor de gunning wordt ingeleid. De

berekening van de geraamde waarde is gebaseerd op het totale bedrag, exclusief omzetbelasting, met inbegrip van alle opties en verleningen van het contract. Bij de berekening van een raamovereenkomst dient de gemeente uit te gaan van de geraamde waarde van alle voor de duur van de overeenkomst voorgenomen overheidsopdrachten. Indien meerdere aanbestedende diensten een overheidsopdracht gezamenlijk aanbesteden c.q. gunnen, dient van de totale opdrachtwaarde van alle (raam)overeenkomsten gezamenlijk uitgegaan te worden.¹⁴ Ook als verschillende gemeenten derhalve besluiten de opdracht gezamenlijk aan te besteden (bijvoorbeeld door middel van een daartoe opgericht regionaal orgaan), dient van deze gezamenlijke waarde van die opdracht te worden uitgegaan. Het maakt daarbij niet uit of de gemeenten ieder afzonderlijk een overeenkomst sluiten met de GI of dat er slechts één overeenkomst wordt gesloten.

3. Welke uitzonderingen op de aanbestedingsplicht zijn van toepassing op overheidsopdrachten voor het verlenen van jeugdbescherming en/of jeugdreclassering die de toepasselijke drempelwaarde overschrijden?

- 3.1. Een overheidsopdracht voor het verlenen van JB/JR is niet aanbestedingsplichtig, indien voldaan wordt aan alle voorwaarden voor een uitzondering op de aanbestedingsplicht. Alle uitzonderingen op de aanbestedingsplicht vinden hun grondslag in de Aanbestedingsrichtlijn en de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: '**Hof**'). Het is niet toegestaan om op nationaal niveau af te wijken van de aanbestedingsplicht.
- 3.2. Hieronder zullen de volgende uitzonderingen op de aanbestedingsplicht worden beschreven:
 - a. het 'open house'-model;
 - b. verticale samenwerking ('Quasi-inbesteding');
 - c. horizontale samenwerking;
 - d. het uitsluitend recht;

Ad a) Het 'open house'-model

- 3.3. Het 'open house'-model wordt gedefinieerd als een systeem van afspraken, waarmee een aanbestedende dienst voornemens is om diensten af te nemen¹⁵ door

¹⁴ Artikel 2.15 e.v. Aanbestedingswet.

¹⁵ Dit betekent niet dat de betreffende aanbestedende dienst (bijvoorbeeld een gemeente) per se de 'ontvanger' is van de diensten, want dat zijn in het onderhavige geval de jeugdigen en hun ouders. Als criterium geldt dat de gemeente opdracht heeft gegeven voor het verlenen van de JB/JR diensten. Daarom wordt de betreffende gemeente in aanbestedingsrechtelijke zin aangemerkt als de afnemer. Zie ook artikel 1 lid 2 Aanbestedingsrichtlijn: "Aanbesteding in de zin van deze richtlijn is de aankoop door middel van een overheidsopdracht van werken, leveringen of diensten

tijdens de gehele looptijd van dat systeem overeenkomsten te sluiten met iedere ondernemer die zich ertoe verbindt om de betrokken diensten te leveren tegen vooraf vastgestelde voorwaarden, waarbij de aanbestedende dienst geen selectie onder de belangstellende ondernemers maakt en hun toestaat tot dat systeem toe te treden tijdens de gehele looptijd ervan.

- 3.4. Het 'open house'-model vindt zijn rechtsgrondslag in een recent arrest van het Hof in de zaak *Falk/DAK*.¹⁶ Hoewel dit arrest is geweest onder de vorige aanbestedingsrichtlijn, blijkt uit de considerans van de Aanbestedingsrichtlijn dat dergelijke open house systemen niet aanbestedingsplichtig zijn op grond van de Aanbestedingsrichtlijn.¹⁷ Strikt genomen is er geen sprake van een uitzondering op de aanbestedingsplicht. Het Hof oordeelde namelijk dat er geen sprake was van een overheidsopdracht, omdat "*geen ondernemer wordt aangewezen aan wie exclusief een opdracht wordt gegund*". In een dergelijk geval is er volgens het Hof geen noodzaak om het handelen van deze aanbestedende dienst aan de nauwkeurige regels van de aanbestedingsrichtlijnen te onderwerpen teneinde te vermijden dat hij bij de gunning van die opdracht nationale ondernemers begunstigd.¹⁸ In andere woorden, volgens het Hof is de keuze voor één of meer inschrijvingen (en dus 'ondernemers') intrinsiek verbonden aan de definitie van het begrip "overheidsopdracht". Het "open-house"-model onderscheidt zich van een (aanbestedingsplichtige) overheidsopdracht c.q. raamovereenkomst, omdat alle (geschikte) ondernemers gedurende de gehele looptijd kunnen blijven toetreden tot de overeenkomst onder vooraf vastgestelde en gelijkblijvende voorwaarden.
- 3.5. Tot slot oordeelt het Hof dat een dergelijke procedure, voor zover dit systeem van afspraken een zeker grensoverschrijdend belang heeft, is onderworpen aan de fundamentele regels van het VWEU, in het bijzonder de beginselen van non-discriminatie, gelijke behandeling en transparantie, waaronder de verplichting om de procedure Europees (via TenderNed) bekend te maken.
- 3.6. De stelling dat een (duidelijk) grensoverschrijdend belang ontbreekt bij het verlenen van JB/JR-diensten, gaat niet op voor overeenkomsten met een (gezamenlijke) geraamde waarde boven de € 750.000,=. Immers, de Aanbestedingsrichtlijn is van toepassing op opdrachten voor sociale en andere specifieke diensten die het drempelbedrag van € 750.000,= overschrijden. De Europese wetgever veronderstelt dat opdrachten van een dergelijke omvang per definitie een (duidelijk)

door één of meer aanbestedende diensten van door deze aanbestedende diensten gekozen ondernemers, ongeacht of de werken, leveringen of diensten een openbare bestemming hebben of niet."

¹⁶ Arrest HvJ EU van 2 juni 2016 in zaak C-410/14.

¹⁷ Considerans Richtlijn 2014/24/EU, overweging 4, slot.

¹⁸ Arrest HvJ EU van 2 juni 2016 in zaak C-4010/14, r.o. 37.

grensoverschrijdend belang hebben. De Europese wetgever heeft reeds rekening gehouden met de aard van sociale en andere specifieke diensten door een hogere drempelwaarde te hanteren ten opzichte van 'reguliere' overheidsopdrachten voor diensten (€750.000,= respectievelijk €250.000,=).

3.7. Het voorgaande betekent dat een gemeente ervoor kan kiezen om een 'open house'-model te hanteren om overeenkomsten te sluiten met alle geschikte GI's voor het verlenen van JB/JR-diensten, die een (gezamenlijke) waarde hebben van meer dan € 750.000,=, mits (cumulatief):

- Een aankondiging van de procedure wordt gepubliceerd op TenderNed, incl. publicatie van de voorwaarden en opmerking dat de procedure niet onder de aanbestedingsrichtlijnen valt;
- De voorwaarden voor het sluiten van de overeenkomst alsook de overeenkomst vooraf zijn vastgesteld door de aanbestedende dienst;
- Marktpartijen een doorlopende inschrijfmogelijkheid hebben gedurende de gehele looptijd van de overeenkomsten;
- Geen gunningscriterium wordt gehanteerd en dus geen selectie van ondernemers of inschrijvingen plaatsvindt;
- De beginselen van gelijkheid, transparantie en non-discriminatie worden nageleefd, o.a. door geen wezenlijke wijzigingen door te voeren in de reeds gesloten of de nog te sluiten overeenkomsten; en
- De gegunde overeenkomsten worden gepubliceerd op TenderNed door middel van een aankondiging. Deze aankondigingen kunnen per kwartaal worden gebundeld binnen dertig dagen na het einde van elk kwartaal.¹⁹

Ad b) Uitsluitend recht

3.8. De aanbestedingsregels zijn niet van toepassing op overheidsopdrachten voor diensten die door een gemeente worden gegund aan een andere aanbestedende dienst op basis van een uitsluitend recht (ook wel 'alleenrecht' genoemd). De partij aan wie het alleenrecht wordt verleend, is dan exclusief bevoegd om het werk, de levering of dienst uit te voeren binnen een bepaald geografisch gebied.

3.9. Een gemeente kan een overheidsopdracht voor het verlenen van JB/JR-diensten gunnen op grond van een alleenrecht, mits het alleenrecht:

- i. wordt verleend door een aanbestedende dienst aan een andere aanbestedende dienst (of een samenwerkingsverband van aanbestedende diensten);

¹⁹ Artikel 74 lid 2 Aanbestedingsrichtlijn.

DATUM 11 juli 2017
ONS KENMERK
PAGINA 10 van 14

- ii. op basis van een uitsluitend recht dat is gegeven bij een vooraf bekendgemaakt wettelijk voorschrift of besluit van een bestuursorgaan;
- iii. wordt verleend in overeenstemming met het VWEU.

Ad i) Verlening door aanbestedende dienst aan andere aanbestedende dienst

- 3.10. De Gemeenten zijn conform de Jeugdwet verantwoordelijk voor de uitvoering van de verplichtingen die onder de Jeugdwet vallen inzake jeugdreclassering en jeugdbescherming.²⁰ Zij zullen derhalve in hun hoedanigheid van aanbestedende dienst opdrachten in het kader van o.a. jeugdreclassering en jeugdbescherming verstrekken aan andere partijen. Om een beroep te kunnen doen op de uitzondering van het alleenrecht, dient die andere partij (de opdrachtnemer) eveneens als aanbestedende dienst te worden aangemerkt.
- 3.11. Onder een aanbestedende dienst wordt verstaan de Staat, een provincie, een gemeente, een waterschap of een publiekrechtelijke instelling dan wel een samenwerkingsverband van deze overheden of publiekrechtelijke instellingen.²¹
- 3.12. Een publiekrechtelijke instelling is elke instelling die 1) is opgericht voor het specifieke doel te voorzien in andere behoeften van algemeen belang dan die van industriële of commerciële aard, 2) rechtspersoonlijkheid bezit en 3) die wegens haar wijze van financiering, bestuur of controle in grote mate afhankelijk zijn van de staat, territoriale lichamen of andere publiekrechtelijke lichamen.²² Dit laatste houdt in dat zij merendeels door de staats-, regionale of lokale overheidsinstanties of andere publiekrechtelijke lichamen wordt gefinancierd²³, of het beheer staat onder toezicht van deze instanties of lichamen²⁴, of er is een bestuurs-, leidinggevend of toezichthoudend orgaan waarvan de leden voor meer dan de helft door de staat, de regionale of lokale overheidsinstanties of andere publiekrechtelijke instellingen zijn aangewezen.

²⁰ Artikel 2.4 Jeugdwet.

²¹ Artikel 1.1 (gewijzigde) Aanbestedingswet 2012.

²² Artikel 2 lid 1 sub 4 Richtlijn 2014/24/EU.

²³ Onder 'in hoofdzaak' verstaat het Hof van Justitie dat het om financiering van meer dan de helft gaat en het begrip moet functioneel worden uitgelegd. De activiteiten van een entiteit moeten worden gefinancierd of ondersteund zonder dat daar een specifieke (contractuele) tegenprestatie van die entiteit tegenover staat. Zie ook HvJ EU 3 oktober 2000, C-380/98 (Cambridge), HvJ EU 13 december 2007, C-337/06 (Bayerischer Rundfunk).

²⁴ Ten aanzien van dit vereiste geldt dat sprake moet zijn van een overwegende overheidsafhankelijkheid, waardoor de overheid de besluiten van de betrokken instelling ter zake van overheidsopdrachten kan beïnvloeden (HvJ EU 1 februari 2001, C-237/99 (Commissie/Frankrijk). Controle achteraf wordt niet voldoende geacht (HvJ EU 27 februari 2003, C-373/00 (Truley)).

DATUM 11 juli 2017
ONS KENMERK
PAGINA 11 van 14

- 3.13. Wanneer aan één van deze drie voorwaarden niet is voldaan, is geen sprake van een publiekrechtelijke instelling. Dit zal van geval tot geval per GI moeten worden getoetst.
- 3.14. Het begrip publiekrechtelijke instelling is volgens het Hof een autonoom²⁵ begrip dat ruim²⁶ en functioneel²⁷ uitgelegd te worden om de doelstelling en werkingssfeer van de aanbestedingsrichtlijnen niet te frustreren. Het begrip publiekrechtelijke instelling wordt op Europees niveau en (uiteindelijk) door het Hof gedefinieerd.

Ad ii) Verlening door middel van een wettelijk voorschrift of besluit

- 3.15. De (gewijzigde) Aanbestedingswet 2012 bevat geen definitiebepalingen met betrekking tot de begrippen 'wettelijk voorschrift' respectievelijk 'besluit'. Ook in de toelichting is daar - voor zover wij hebben kunnen nagaan - geen aandacht aan besteed. Ik ga er dan ook vanuit dat aan deze begrippen dezelfde betekenis toekomt als in het algemeen bestuursrecht. Onder een wettelijk voorschrift dient te worden verstaan een regeling van een orgaan dat aan de Grondwet of een wet in formele zin regelgevende bevoegdheid ontleent (vergelijk ABRvS 10 februari 2010, LJN: BL3327). Onder een besluit dient te worden verstaan: een schriftelijke beslissing van een bestuursorgaan, inhoudende een publiekrechtelijke rechtshandeling (artikel 1:3, eerste lid, Awb). In Nederland is de juridisch meest zekere basis om het alleenrecht bij verordening (wettelijk voorschrift) te verlenen. Dit recht komt toe aan de gemeenteraad. Echter, er zou ook geopteerd kunnen worden voor een besluit door de betrokken colleges van burgemeester en wethouders, indien men ervan uitgaat dat het verstrekken van een alleenrecht behoort tot het voeren van het dagelijks bestuur van de gemeente, respectievelijk dat het verlenen van een alleenrecht een voorbereidingshandeling betreft ten aanzien van het verrichten van een privaatrechtelijke rechtshandeling. Ten aanzien van die beslissingen ligt de bevoegdheid bij het college op grond van het bepaalde in artikel 160 van de Gemeentewet. De bestuursrechter heeft zich naar mijn weten hierover nog niet uitgesproken. In de rechtspraak van de burgerlijke rechter blijkt hier verschillend over te worden gedacht. Uit de Aanbestedingsrichtlijn lijkt eerder een aanwijzing te kunnen worden gevonden dat het alleenrecht bij verordening dient te worden verleend, omdat het alleenrecht moet samenhangen met een onmogelijkheid voor een aanbestedende dienst om elders de dienst te betrekken.²⁸

Ad iii) Verlening is verenigbaar VWEU

- 3.16. Het alleenrecht dient verenigbaar te zijn met het Europees recht, in het bijzonder moet het verlenen van het recht in overeenstemming gebeuren met de algemene

²⁵ Arrest van het HvJ EU van 27 februari 2003 in zaak C-373/00 (*Truley*), r.o. 45.

²⁶ Arrest van het HvJ EU van 27 februari 2003 in zaak C-373/00 (*Truley*), r.o. 34.

²⁷ Arrest van het HvJ EU 17 december 1998 in zaak C-353/96 (*Commissie/Ierland*), r.o. 36; Arrest van het HvJ EU van 1 februari 2001 in zaak C-237/99 (*Commissie/Frankrijk*), r.o. 42-43.

²⁸ Vgl. *considerans Richtlijn 2014/24/EU, overweging 30.*

beginselen (gelijkheid, transparantie, proportionaliteit en wederzijdse erkenning).

- 3.17. Aangezien een alleenrecht per definitie de vrijheid van dienstverrichting van andere entiteiten beperkt, dient deze beperking te worden gerechtvaardigd op grond van een uitdrukkelijk in het VWEU genoemde uitzondering of dwingende redenen van algemeen belang.²⁹
- 3.18. Om een beroep te doen op de rechtvaardigingsgrond van dwingende redenen van algemeen belang, dient te worden aangetoond dat de beperking van het vrije verkeer geschikt, evenredig en noodzakelijk is. Hiervoor is een objectief onderzoek nodig, aan de hand van nauwkeurige statistische gegevens of met andere middelen, waaruit blijkt dat het verlenen van het alleenrecht geschikt is om het nagestreefde doel te bereiken. Ook dient onderzocht te worden of de doelstellingen bereikt had kunnen worden met maatregelen die het vrije verkeer minder beperken. Aan welke eisen een dergelijk onderzoek precies dient te voldoen, is op dit moment niet duidelijk, aangezien de Nederlandse rechtspraak geen gevallen kent waarin dit onderwerp juridisch is getoetst.
- 3.19. Iedere aanbestedende dienst (en dus gemeente) zal het alleenrecht zelfstandig dienen te verstrekken. Bij iedere verstrekking van een alleenrecht zal de betreffende gemeente derhalve een motivering moeten opnemen waarom het alleenrecht verenigbaar is met het VWEU. Deze motivering kan ons inziens in gelijke gevallen een gelijke strekking hebben.

Ad c) Verticale samenwerking ('Quasi-inbesteding')

- 3.20. Net zoals een gemeente zelf activiteiten mag verrichten zonder deze aan te besteden ('inbesteding'),³⁰ mag een gemeente ook een opdracht verlenen aan een rechtspersoon die juridisch van hem te onderscheiden is, maar die zich binnen zijn eigen gezagsstructuur bevindt. In dat geval verleent de gemeente een opdracht aan een rechtspersoon die te vergelijken is met een 'dochteronderneming'. Dit wordt verticale samenwerking alsook quasi-inbesteding genoemd.
- 3.21. Er is sprake van een 'verticale samenwerking' (en aldus een uitzondering op de

²⁹ Zie ook Werkdocument van de diensten van de Commissie betreffende de toepassing van het EU-aanbestedingsrecht op de betrekkingen tussen aanbestedende diensten ("publiek-publieke samenwerking") (SEC (2011) 1169), 4 oktober 2011, p. 23.

³⁰ De gemeente heeft een discretionaire bevoegdheid om te kiezen om diensten zelf uit te voeren met zijn eigen administratieve, technische of andere middelen zonder dat de gemeente verplicht is om een beroep te doen op externe lichamen die niet tot zijn diensten behoren (HvJ EU van 11 januari 2005 in zaak C-26/03).

aanbestedingsregels), indien aan elk van de volgende voorwaarden is voldaan:

- i. de aanbestedende dienst oefent op die rechtspersoon toezicht uit zoals op zijn eigen diensten; (toezichtcriterium)
- ii. 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; (*merendeelcriterium*) en
- iii. er is geen directe participatie van privékapitaal in de gecontroleerde rechtspersoon, met uitzondering van geen controle of blokkerende macht opleverende vormen van participatie van privékapitaal, vereist krachtens de nationale regelgeving, in overeenstemming met de verdragen, die geen beslissende invloed uitoefenen op de gecontroleerde rechtspersoon.³¹

Ad i) Toezichtcriterium

- 3.22. Het 'toezichtcriterium' houdt in dat de (controlerende) gemeente zodanig toezicht uitoefent op de GI dat zij de beslissingen van de GI kan beïnvloeden. Het gaat daarbij om het uitoefenen van *doorslaggevende* invloed op alle belangrijke (operationele) beslissingen als ook strategische doelstellingen. Ook moet het toezicht structureel, functioneel en effectief zijn.³² Het toezicht kan ook gezamenlijk door een aantal gemeenten worden uitgevoerd, in voorkomend geval met meerderheidsbesluitvorming, zonder dat zij dit toezicht elk individueel hoeven uit te oefenen.³³ Het uitoefenen van slechts gedeeltelijk toezicht (bijvoorbeeld slechts op één activiteit), voldoet niet aan het toezichtcriterium.³⁴

Ad ii) Merendeelcriterium

- 3.23. Het 'merendeelcriterium' houdt in dat de GI het merendeel (meer dan 80%) van haar werkzaamheden ten behoeve (van de inwoners) van de gemeente verricht. Als meerdere gemeenten gezamenlijk toezicht uitoefenen moeten alle activiteiten voor deze gemeenten bij de beoordeling van het merendeelcriterium worden meegenomen.³⁵

Ad iii) Privékapitaal

³¹ Artikel 12 lid 1 Richtlijn 2014/24/EU en artikel 2.24a lid 1 Aanbestedingswet.

³² Arrest HvJ EU van 17 juli 2008 in zaak C-371/05, r.o. 26; Arrest HvJ EU van 13 november 2013 in zaak C-324/07, r.o. 46.

³³ Arrest HvJ EU van 13 november 2013 in zaak C-324/07, r.o. 54; Arrest HvJ EU van 10 september 2009 in zaak C-573/07, r.o. 60: "Met betrekking tot een collegiaal orgaan is het irrelevant welke beslissingsprocedure wordt gebruikt, met name of bij meerderheid wordt beslist."

³⁴ Arrest HvJ EU van 8 mei 2014 in zaak C-15/13, r.o. 32-33.

³⁵ HvJ EU van 11 mei 2006 in zaak C-340/04, r.o. 71.

DATUM 11 juli 2017
ONS KENMERK
PAGINA 14 van 14

- 3.24. De derde voorwaarde vereist dat er geen directe participatie van privékapitaal is in de gecontroleerde rechtspersoon. Privékapitaal is alleen toegestaan ingeval dat vereist is krachtens nationale wetgeving, verenigbaar is met het VWEU en niet resulteert in beslissende invloed (inclusief blokkerende of controlerende invloed) op de gecontroleerde rechtspersoon.
- 3.25. Het voorgaande betekent dat overheidsopdrachten voor het verlenen van JB/JR-diensten zijn uitgezonderd van de aanbestedingsplicht, indien wordt voldaan aan het toezichtcriterium, merendeelcriterium en de eis van geen participatie van (beslissende) privékapitaal.

Ad d) Horizontale samenwerking

- 3.26. Een opdracht die uitsluitend tussen twee of meer aanbestedende diensten wordt gegund, valt buiten het toepassingsgebied van de aanbestedingsrichtlijn wanneer:
- i. de opdracht 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;
 - ii. de invulling van die samenwerking uitsluitend berust op overwegingen in verband met het openbaar belang; en
 - iii. de deelnemende aanbestedende diensten op de open markt niet meer dan 20% van de onder die samenwerking vallende activiteiten voor hun rekening nemen.³⁶
- 3.27. Deze uitzondering op de aanbestedingsplicht zal zeer waarschijnlijk niet toegepast kunnen worden door een gemeente, omdat geen sprake zal zijn van samenwerking met wederzijdse rechten en plichten die verder gaat dan het tegen vergoeding uitvoeren van een (publieke taak).

* * *

Indien u vragen heeft over bovenstaande, verneem ik dit uiteraard graag.

AKD

³⁶ Artikel 12 lid 4 Aanbestedingswet en artikel 2.24c Aanbestedingswet